



FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

ALANO DE ARAUJO FERNANDES FILHO

**O ADVENTO DA LEI 12.403/11 E A (IN) EXISTÊNCIA DO PODER
GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL**

Brasília - DF

2012

ALANO DE ARAUJO FERNANDES FILHO

**O ADVENTO DA LEI 12.403/11 E A (IN) EXISTÊNCIA DO PODER
GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso
de bacharelado de Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: José Carlos Veloso
Filho

Brasília – DF

2012

**O ADVENTO DA LEI 12.403/11 E A (IN) EXISTÊNCIA DO PODER
GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL**

ALANO DE ARAUJO FERNANDES FILHO

BANCA EXAMINADORA

.....
Prof. José Carlos Veloso Filho
Orientador

.....
Examinador

.....
Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter fortalecido o meu caminho para a construção desta pesquisa, aos meus pais, Alano de Araujo Fernandes e Maria Aparecida Gonçalves Viera Araujo, pela enorme compreensão, e incentivo. A minha querida irmã, Ingrid Vieira Araujo, pelas dicas e carinho.

Aos meus verdadeiros amigos por compartilharem comigo o sentimento dessa conquista, pela cumplicidade e ajuda.

Aos professores que tive ao longo de todo o curso, especialmente o professor José Carlos Veloso Filho pela notória dedicação, incentivo e sabedoria.

RESUMO

Esta monografia possui a função precípua de analisar a existência ou inexistência do chamado poder geral de cautela no âmbito do processo penal cautelar pátrio sob o novo cenário imposto pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. A referida lei introduziu nove novas medidas cautelares diversas da prisão instituindo, assim, o fim da bipolaridade que imperava no âmbito do processo penal, haja vista que antes do advento da Lei 12.403/11 restava ao indiciado/acusado apenas duas possibilidades: responder o processo em liberdade ou; defender-se segregado cautelarmente. Por conseguinte, a presente pesquisa monográfica é contemplada, primeiramente, com a análise estrita da lei supracitada, posteriormente, analisa-se, especificamente, cada medida cautelar e, finalmente, são demonstrados argumentos acerca da admissibilidade ou não do chamado poder geral de cautela penal.

Palavras-chave: Poder geral de cautela. Processo penal. Lei 12.403/11. Medidas inominadas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A APLICABILIDADE DA LEI 12.403/11	9
1.1 O processo de reforma do CPP.....	9
1.2 A tutela cautelar no processo penal.....	13
1.2.1 As espécies de medidas cautelares no CPP.....	15
1.3 Princípios aplicáveis às medidas cautelares de natureza pessoal e a adequação imposta pela lei 12.403/11 ao texto constitucional.....	17
1.4 A Lei nº 12.403/11 e o fim da bipolaridade das medidas cautelares de natureza pessoal no Código de Processo Penal.....	20
1.5 Pressupostos das medidas cautelares em geral.....	22
1.6 Procedimentos para aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal conforme a lei nº12.403/11.....	27
1.6.1 Aplicação isolada ou cumulativa das medidas cautelares.....	27
1.6.2 Decretação das medidas cautelares de ofício pelo juiz.....	28
1.6.3 Contraditório prévio à decretação das medidas cautelares.....	29
1.6.4 Descumprimento das obrigações inerentes às medidas cautelares.....	31
1.6.5 Revogabilidade e/ou substitutividade das medidas cautelares.....	33
1.6.6 Duração das medidas cautelares.....	35
1.7 Prisão em flagrante e a repercussão trazida pela Lei 12.403/11.....	36
1.8 Prisão preventiva sob o enfoque da reforma processual.....	38
1.8.1 Requisitos de admissibilidade da prisão preventiva.....	39
1.8.2 Pressupostos e fundamentos para aplicação da prisão preventiva.....	41
2. AS MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE.....	44
2.1 Comparecimento periódico em juízo.....	44
2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares.....	45
2.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	46
2.4 Proibição de ausentar-se da comarca.....	47
2.5 Recolhimento domiciliar.....	48
2.6 Suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira.....	49

2.7 Internação provisória.....	50
2.8 Monitoração eletrônica.....	51
2.9 Fiança.....	53
3. O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL.....	55
3.1 Poder geral de cautela no âmbito cível e no âmbito criminal.....	56
3.2 O princípio da legalidade e do devido processo legal.....	59
3.3 A (in) existência do poder geral de cautela no processo penal.....	61
3.4 O advento da Lei 12.403/11 e o poder geral de cautela.....	64
3.4.1 A inexistência do poder geral de cautela.....	65
3.4.2 A existência relativa do poder geral de cautela penal.....	67
3.4.3 A existência plena do poder geral de cautela pena.....	71
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS.....	79

INTRODUÇÃO

Antes do advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, o que se vislumbrava no ordenamento processual cautelar pátrio era um cenário de extremos, assim, ou o indivíduo respondia a um processo criminal em liberdade ou segregado cautelarmente. Imperava, portanto, uma dicotomia e/ou uma bipolaridade. A introdução da retro citada lei teve o condão de acabar com essa bifurcação, uma vez que introduziu nove novas medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

Por conseguinte, o panorama acerca do tratamento cautelar no processo penal mudou substancialmente. Hoje o magistrado/Estado está munido de instrumentos capazes de dar a exata resposta cautelar que se pleiteia no caso concreto. A Lei 12.403/11 é a positivação daquilo que vinha sendo constantemente pleiteado pela doutrina e operadores do direito. A prisão passou a ser a última hipótese de medida cautelar, sendo aplicada apenas quando se demonstra, cabalmente, a impossibilidade ou ineficiência de outras medidas cautelares.

Nesse ínterim, a doutrina se dedica de maneira veemente ao estudo dos novos dispositivos da referida lei objeto desta pesquisa monográfica e, conseqüentemente, pontos de divergências são destacados. Porém, ressalta-se a discussão acerca da existência ou inexistência do chamado poder geral de cautela no âmbito penal onde diversos pensadores do direito penal estão se debruçando e tecendo comentários.

O poder geral de cautela penal já fora amplamente debatido. Não se trata, portanto, de uma divergência nova. Acontece que hoje estamos diante de um ordenamento cautelar totalmente diferenciado, o que, conseqüentemente, trás a necessidade de se rediscutir a matéria. Em suma, a discussão acerca do poder geral de cautela penal foi reascendida ante a modificação do panorama processual cautelar. Diversos autores dedicam capítulos onde os argumentos acerca da matéria são dispostos. É exatamente nesse ponto que se apresenta a presente pesquisa.

Assim, no primeiro capítulo, a pesquisa se concentra na efetiva análise da novel Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Os principais dispositivos são analisados e elucidados com os argumentos dispostos pela doutrina. Neste ínterim, o processo de formação da referida lei é apresentado, bem como as principais questões de cunho acautelatório.

No segundo capítulo, as medidas cautelares são apresentadas de maneira específica. Nove novas medidas cautelares diversas da prisão são analisadas sob o manto daquilo que diz os principais pensadores da matéria. Tratam-se disposições fundamentais para que se visualize o terceiro capítulo.

Finalmente, no terceiro capítulo, os argumentos acerca da existência ou inexistência do poder geral de cautela são dispostos. A visualização do primeiro e segundo capítulo é fundante para a percepção dos argumentos pesquisados e reunidos nesta terceira parte da pesquisa monográfica. É perfeitamente perceptível que foram traçadas três principais linhas de raciocínio sobre a admissibilidade ou não de um poder geral acautelatório. Assim, parte da doutrina acena para a inexistência cabal do poder geral de cautela, principalmente com o advento da Lei 12.403/11. Outro levante doutrinário admitia o poder geral de cautela que não mais subsiste em virtude da introdução de novas medidas cautelares. O terceiro viés doutrinário admite plenamente o poder geral de cautela penal principalmente com as disposições positivadas pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

Assim, esta monografia busca argumentos sobre a existência ou não da possibilidade de aplicação de medidas inominadas tendo como cenário primordial o novo enfoque e panorama trazido pela Lei 12.403/11.

1 A APLICABILIDADE DA LEI 12.403/11

1.1 O Processo de reforma do CPP

Com a passagem de determinado lapso temporal torna-se possível compreender a necessidade de alterações, não só no sistema processual penal em si, como também em todos os setores jurídicos. Esse fenômeno é visível por termos uma sociedade cada vez mais moderna e dinâmica. O processo penal vê a precisão, cada vez mais latente, de sofrer alterações que se amoldem com a presente realidade, as alternativas trazidas pela modernidade devem ser assimiladas pelo sistema jurídico brasileiro que ainda pratica atos que não estão em consonância com a realidade apresentada. Como se não bastasse, é cada vez mais aprimorado o anseio de se ter uma legislação que coadune com os princípios e preceitos estabelecidos pela carta magna de 1988, sempre tendo em vista que qualquer reforma deve ter como paradigma a legislação constitucional que direciona o legislador no ato de produzir normas.

A progressividade dos anseios fez com que o ordenamento jurídico percebesse a necessidade de legislações que seguissem o novo modelo estabelecido pelo moldes da constituição de 1988. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima relata:

À medida que os diversos dispositivos da redação original do CPP se tornaram impraticáveis e incompatíveis com a nova realidade trazida pela promulgação da constituição de 1988, tornou-se preciso adaptar o sistema processual penal à nova ordem constitucional. A república federativa do Brasil trouxe um sentimento aflorado de democratização em sua carta magna de 1988, o que trouxe uma consequente necessidade de tornar o processo penal um instrumento cidadão que permitisse a concretização da participação democrática no exercício do direito penal. O diploma processual penal deixaria de ter um papel meramente firmador da punição e traria olhos atentos em relação ao cidadão e seu papel social.¹

O CPP é uma positivação relativamente antiga, nasceu em virtude de um decreto-lei nº 3.689 de 1941, o diploma processual penal regula o trâmite do processo desde a etapa investigativa criminal até a sentença judicial e os recursos cabíveis por meio de seus 811 artigos. A maioria dos especialistas considera o

1 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 02.

Código defasado. Por esse motivo, em janeiro de 2001, 08 (oito) novos projetos de lei foram apresentados pelo poder executivo ao poder legislativo, a fim de adequar o diploma processual penal aos conceitos céleres estabelecidos atualmente. Essas propostas são resultados de uma discussão interna realizada por uma comissão de juristas criada, primordialmente, para promover a modificação do CPP. Nesse sentido, relata o autor Renato Brasileiro de Lima:

Os projetos apresentados pela comissão de juristas buscavam modernizar o estatuto processual, visando principalmente reforçar as garantias daquele que se apresentava como acusado, mas ao mesmo tempo buscava-se dar efetividade ao processo penal, necessitou-se adequar a legislação a um sistema que trouxesse agilidade com a efetiva aplicação da lei penal.²

Há a necessidade de atualização penal, mas não se pode perder a legitimidade e força normativa da lei em virtude da sua modificação, é preciso resguardar a manutenção da segurança jurídica inerente a qualquer normatização, quando o processo de mutação legislativa se dá de forma impensada o resultado, invariavelmente, é uma lei que não produz eficácia. O processo de reforma penal também deve estar atento ao conjunto das mudanças, o contexto da codificação não pode ser alterado de forma que não haja coesão. Com o surgimento de diversas modificações elaboradas separadamente torna-se necessária uma observação conjunta das novas regras estabelecidas. Expõe Aury Lopes Jr. neste sentido:

Portanto, o ideal seria uma modificação completa do CPP, a mutação pensada como um todo possui chances maiores de se produzir uma coesão textual e lógica, optou-se por seguir o caminho mais difícil, fragueментou-se as reformas em projetos distintos com o objetivo quase que puramente político, uma vez que a tramitação perante o poder legislativo seria muito mais célere e facilitado.³

Prossegue Renato Brasileiro de Lima no mesmo sentido:

O problema das reformas pontuais e setoriais é a inconsistência e a inconsciência sistêmica, transformando o CPP, cada vez mais, em um conjunto de normas que estão apenas reunidas em um código, transforma-se o Código em uma imensa colcha de retalhos gerando graves paradoxos.⁴

2 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 03.

3 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 4.

4 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 05.

As efetivas mudanças legais no Código de Processo Penal começaram a ocorrer com a entrada em vigor da Lei nº 10.258/01, originária do PL 4.210/01, que modificou o artigo 295 do CPP, passando a observar que, não havendo estabelecimento específico para preso especial, este deverá ser recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento, além de outras alterações não menos importantes. Logo após, entrou em vigor a lei 10.792/03, resultante da PL nº 4.204/01, introduzindo alterações acerca do interrogatório do acusado. Posteriormente, registrou-se, em 2008, a reforma que modificou quase 100 artigos do diploma processual penal, entraram em vigor as leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08 trazendo alterações no âmbito do júri, no título pertinente às provas e no procedimento comum, respectivamente.

É justamente nessa esfera que surge a lei 12.403 de maio de 2011, fruto do PL 4208 apresentado em 2001. A reforma parcial trata, principalmente, das medidas cautelares pessoais. A legislação que se encontrava anteriormente disposta contribuía para um sistema penal saturado, atualiza-se, portanto, a legislação processual penal, adaptando-a aos preceitos trazidos pela Constituição Federal, e também à nova realidade que se apresenta, tanto em termos tecnológicos, como em termos sociais. Assim explica Garcia:

As disposições positivadas pelo ordenamento processual penal anterior à Lei 12.403/11 não mais coadunava com os aspectos sociais que se encontravam explícitos. A referida lei teve a função de ligar o processo penal ao texto constitucional de maneira mais sublime. Por conseguinte, os princípios constitucionais estão mais cristalizados.⁵

A tramitação e promulgação da lei 12.403/11 causou um parcial desanimo em muitos estudiosos do processo penal, pois discutia-se, por meio de um projeto de lei do senado nº 156/2009, um anteprojeto que reformularia o diploma processual por inteiro. O anseio de muitos era que o CPP passasse por uma reformulação geral, a explicação razoável para a promulgação de mais uma reforma esparsa em detrimento de uma modificação global reside, mais uma vez, na política. Nesse sentido explica o autor Aury Lopes Jr.:

Antes de se pensar exclusivamente no anteprojeto do CPP ressurgiu o PL 4208 DE 2001, que seguia a sua discreta tramitação, para uma

5 GARCIA, Débora Faria. *Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 1 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 10.

nova reforma parcial. Obviamente a pergunta foi: por que mais uma reforma parcial se existe um CPP novo para ser discutido e votado? E a resposta para esse pergunta não é jurídica, mas política, Vem a baila, novamente o argumento da dificuldade de se discutir todo o processo penal e aprovar um código novo, frustrando, exatamente, o anseio de todos.⁶

A enorme dimensão da mudança trazida pela reforma proposta por meio da PLS 156 faria com que a tramitação corresse de forma bastante lenta, o correto certamente seria a elaboração de um conjunto normativo que atenderia todas as requisições trazidas pelo momento social e jurídico. Discorre sobre o assunto Antonio Carlos Santoro Filho:

O que se desejava era um CPP inteiramente novo, elaborado pós-constituição de 1988 e com uma matriz acusatória claramente definida e concreta, partindo de um princípio fixo. Infelizmente estamos diante de um nova reforma pontual que sequer aproveitou o trabalho desenvolvido pela PLS 156 de 2009, optando por um texto de 2011, que ainda foi violentado.⁷

O fato é que hoje estamos diante do disposto na lei 12.403/11 que se encontra em pleno vigor e que modifica consideravelmente os institutos das medidas cautelares pessoais no CPP. A lei objeto desta pesquisa é claramente influenciada pela realidade que se vive atualmente, além de adequar-se às exigências do texto constitucional e às modernas legislações estrangeiras, a reforma do CPP também visa aliviar o sistema carcerário que possui hoje um número extremamente demasiado de presos. Relata o autor Aury Lopes Jr.:

O sistema carcerário brasileiro está em colapso, e no ano de 2011 superamos a marca de 500 mil presos, sendo que destes, quase 200 mil são presos cautelares. Esse é o estado de emergência que pressionou mais essa reforma pontual.⁸

Portanto, busca-se o fim da banalização do instituto da prisão cautelar que deve ser decretada em último caso, sendo esse um dos principais pontos discutidos na elaboração da lei 12.403/11 que, por sua vez, caracteriza-se como o último passo de reforma até o presente momento.

6 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 03.

7 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. Letras Jurídicas- 2011, p. 15.

8 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 04.

1.2 A tutela cautelar no processo penal

Para entender a aplicabilidade penal da lei 12.403/11 faz-se necessário o entendimento acerca da tutela cautelar no processo penal. O diploma processual regula o processo desde sua fase inicial investigativa até a fase recursal, mas não há um procedimento cautelar autônomo. Diferentemente do processo cível não coexiste um processo cautelar diferente do processo principal, o que existem são diversas medidas cautelares que auxiliam a regularidade do processo. Nesse sentido, exemplifica o autor Marcos Paulo Dutra Santos:

Diversamente da legislação processual cível, não há na legislação processual penal pátria um processo penal cautelar autônomo ao processo de conhecimento, ainda que lhe seja incidental ou preparatório. Tampouco existe uma ação penal cautelar. Absolutamente. O que existe são medida cautelares preparatória ou incidentais à ação penal condenatória, bem como incidentais ao processo de execução.⁹

Compartilha o mesmo linear doutrinário o autor Renato Brasileiro de Lima.

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, certo é que, no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma série de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. Afinal, em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essa medidas urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.¹⁰

Portanto, a análise do sistema cautelar no processo penal limita-se ao estudo das medidas cautelares em si, não há o estudo de um processo geral como se opera no processo cível. A Lei nº 12.403/11 não contribuiu para uma possível existência de um processo cautelar autônomo, há mudanças relevantes, mas não há a imposição de uma metodologia diferenciada, os princípios continuam perpetuando para a não existência de uma cautelaridade específica. Desta forma, pronuncia-se Jorge Vicente Silva:

9 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 13

10 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 11.

O estudo do processo penal cautelar é extremamente pontual, não se voltando para o exame de uma teoria geral do processo penal cautelar, mas sim para a apreciação de cada uma das medidas cautelares, seus requisitos, legitimidade para postulá-las e possibilidade ou não de serem decretadas oficiosamente pelo juiz. A abordagem é pontual, nunca genérica.¹¹

Prossegue Marcos Paulo Dutra Santos:

A lei 12.403 de 04 de maio de 2011 não alterou significativamente este panorama, pois se limitou a introduzir novas medidas cautelares sem a preocupação de delimitar um processo penal cautelar à semelhança do existente na legislação adjetiva civil.¹²

A inexistência de um regramento geral e próprio acerca das medidas cautelares não enseja em uma arbitrariedade ao aplicá-las, não se pode falar em discricionariedade, o operador do direito deve ter como paradigma requisitos legais e pressupostos. Aquele que deseja usar as medidas cautelares deve dispor de fundamentação e a exposição de motivos. Leciona Rodrigo Iennaco:

A inexistência de uma positivação que trata de aspectos gerais e unânimes ou de um estudo autônomo acerca do processo penal cautelar não deve significar inobservância de regras e princípios. Pelo contrário, justamente por não haver um estudo específico é que se usam os paradigmas legais e a devida exposição de motivos que fundam o caso concreto.¹³

A importância da tutela cautelar no processo penal é um aspecto que encontra quase unanimidade no meio acadêmico, não seria possível o regular procedimento do feito se não contivesse na legislação atual um mecanismo que possibilitasse o resguardo do processo. O direito penal processual precisa, indiscutivelmente, possuir instrumentos que coadunem com a eficiência. As modalidades cautelares contidas no Código de Processo Penal visam, portanto, estabelecer uma barreira que impeça a incidência indesejada de aspectos externos, prejudicando, conseqüentemente, o procedimento condenatório ou executivo. Renato Brasileiro relata de forma plena a importância das medidas cautelares:

11 SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Lei 12.403/11 - Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória*. Juruá- 2011. p.13.

12 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 15.

13 MORAES, Rodrigo Iennaco. *Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória*. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 20.08.2012.

[...]

não valeria , por exemplo , uma sentença condenatória à pena privativa de liberdade, se o acusado já tivesse se evadido do distrito da culpa; ou garantir à parte o direito de produzir determinada prova testemunhal se, ao término da instrução processual, essa testemunha já estivesse morta. É evidente, pois, que o processo penal precisa dispor de instrumentos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.¹⁴

1.2.1 As espécies de medidas cautelares no CPP

A tutela cautelar no processo penal não encontra um estudo individualizado, o que se mostra é um conjunto de espécies cautelares que estão elencadas de forma atípica no diploma processual penal, uma vez que não existe um título específico que trata da matéria cautelar. Podem-se vislumbrar medidas cautelares em títulos diferentes. Cabe, portanto, considerar as medidas existentes em três espécies.

A primeira espécie de medida cautelar presente no CPP é aquela de natureza civil, ou real, tal medida atinge o patrimônio e visa uma eventual perda de bens, assim como pode funcionar como uma medida reparadora de dano. Desta forma, o autor Gomes e Marques exemplificam os casos em que se constata o uso desse tipo de medida cautelar:

As medidas cautelares de natureza civil (reais) são aquelas relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação. No CPP, são as medidas assecuratórias dispostas entre os artigos 125 e 144 do estatuto processual penal (seqüestro, arresto, hipoteca legal), e a restituição de coisas apreendidas, previstas nos artigos 118 a 124 do CPP, quando requerida e deferida pelo juiz.¹⁵

A segunda espécie de medida cautelar presente no Código de Processo Penal é aquela que abrange o âmbito probatório. Tratam-se das medidas direcionadas à proteção do elemento essencial para o sucesso do processo, ou seja, a prova. A aplicação de determinadas medidas cautelares busca a produção de provas que contribuirão para um posterior convencimento concreto. Manifesta entendimento claro acerca do assunto o autor Renato Brasileiro de Lima:

As medidas cautelares relativos à prova são a busca e apreensão,

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.01.

¹⁵ GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011* – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 54.

prevista nos artigos 240 e seguintes do CPP, assim como a produção antecipada de prova testemunhal, disposta no artigo 225 do CPP, Na verdade, trata-se de medida cautelar que visa a obtenção de uma prova para o processo, com finalidade, portanto, de assegurar a utilização do elemento probatório no processo ou evitar o seu perecimento.¹⁶

Exaurido o entendimento acerca das medidas cautelares de natureza civil e probatória cabe, neste momento, salientar a presença de medidas urgentes de natureza pessoal. Na verdade, o objeto que merece mais atenção é justamente a medida cautelar de espécie pessoal. Esse tipo cautelar encontra atual discussão acerca de sua aplicabilidade em virtude da promulgação da lei nº 12.403/11, buscou-se traçar um rumo para a cautelaridade no CPP, porém, as alterações limitaram-se a regular apenas as cautelares pessoais. Compartilha esse entendimento a autora Débora Faria Garcia:

É bem verdade que, com a entrada em vigor da lei nº 12.403/11, o legislador procurou dar uma nova disciplina às medidas cautelares no processo penal, porém, tais modificações atingiram apenas os provimentos cautelares relativos à liberdade de locomoção do agente.¹⁷

Como exemplo de medidas cautelares de natureza pessoal, podemos apontar as prisões cautelares, as medidas cautelares diversas da prisão introduzidas pela Lei nº 12.403/11 em seu artigo 319, a as chamadas contra cautelas, ou seja, a liberdade provisória, com ou sem fiança. Leciona José Nilton Costa de Souza:

Medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade. São, portanto, as novas cautelares impostas pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.¹⁸

Portanto, essa espécie cautelar versa, principalmente, sobre medidas que restringem a liberdade do agente atingido, são urgências e prevenções acerca da própria qualidade da pessoa impondo limites e sacrifícios acerca de sua liberdade.

16 LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.03.

17 GARCIA, Débora Faria. **Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** 1 ed. Método, 2011.p. 12.

18 SOUZA, José Nilton Costa de. *Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz.* Disponível em www.paginasdeprocessopenal.com.br, acesso em 10.02.2012.

Com a promulgação da lei 12.403/11 ampliou-se o rol de medidas cautelares de natureza pessoal, amplia-se também as opções do magistrado, agora é possível escolher a medida mais cabível e que seja plenamente suficiente para assegurar a eficácia do processo. A prisão, na sua forma cautelar, passou a ser medida extrema que só pode ser aplicada caso as outras opções não forem manifestamente suficientes.

1.3 Princípios aplicáveis às medidas cautelares de natureza pessoal e a adequação imposta pela lei 12.403/11 ao texto constitucional.

É unânime o entendimento da doutrina acerca da não existência de um processo cautelar autônomo. Conforme relato anterior, isso não enseja em uma inobservância de princípios, princípios estes que devem perpetuar, principalmente, na aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal que visam restringir ou privar o agente de uma liberalidade locomotiva.

A banalização do instituto da prisão cautelar foi fundamental para o surgimento de uma lei que colocasse a legislação processual penal no caminho certo da observância constitucional. A difícil coexistência que perpetuava (e perpetua) entre os princípios da não-culpabilidade estabelecido constitucionalmente e às prisões cautelares é objeto de estudo do autor Aury Lopes Junior:

No Brasil, a presunção de inocência esta expressamente consagrada no artigo 5º , LVII, da constituição Federal, sendo o princípio reitor do processo penal, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através de seu nível de observância. Se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles.¹⁹

Prossegue na mesma vereda o autor Renato Brasileiro de Lima:

A ordem interna de um estado se revela de modo como existe o tratamento dado a prisão cautelar; os estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-Cidadão, exageram facilmente a importância do interesse estatal na realização mais eficaz possível do procedimento formal, mesmo que isso leve a uma cautelar que restrinja a liberdade do cidadão de forma recorrente. Num estado de direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é

19 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 16.

regulada através da antítese Estado-Cidadão; o estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão.²⁰

Desta forma, buscou-se o afastamento de legislações pátrias que não estão de acordo com aquilo pretendido com a promulgação da carta magna de 1988, atualiza-se o sistema brasileiro no âmbito processual adequando-se não só ao texto constitucional, mas também às legislações internacionais como afirma Renato Brasileiro de Lima:

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 11.1, também dispõe acerca da presunção da inocência. Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdade Fundamentais, no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e na Convenção Americana sobre direitos Humanos.²¹

A presunção de inocência deve ser observada de formas diversas em favor daquele que está sendo protegido. A garantia principiológica deve ser entendida internamente e externamente no processo. Quando se fala em garantir a presunção da inocência dentro da lide estamos falando em um dever de tratamento, ou seja, de tratar o agente, efetivamente, como inocente, além de estabelecer o benefício da dúvida em prol do réu e direcionar toda carga probatória à acusação. No âmbito externo, a presunção de inocência garante o respeito àquele que está sendo julgado, preocupa-se com a imagem e a dignidade. Nesse sentido destaca Jorge Vicente Silva:

Na dimensão interna há um dever de tratamento imposto primeiramente ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica serias restrições ao uso das prisões cautelares.²²

Prossegue o autor Aury Lopes Jr.:

20 LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar. 1 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 27.

21 LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar. 1 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 15.

22 SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Lei 12.403/11- Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 13.

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu. Significa dizer que a presunção de inocência deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia de presunção da inocência.²³

As medidas cautelares também são revestidas de qualidades que se tornaram expressas com a promulgação da lei nº 12.403/11, antes não existia no Código Penal original a previsão expressa de conceitos que já vinham sendo recorrentemente utilizados pelos operadores do direito. Portanto, a proporcionalidade e a razoabilidade foram inseridas de forma clara e coesa no artigo 282, incisos I e II, por meio da nova redação dada pela lei. Esses princípios são reconhecidamente aplicados às medidas cautelares, uma vez que deverão ser aplicados para evitar exageros e discricionariedades por parte daqueles que prolatam a decisão ou que a requerem.

No que tange a proporcionalidade e a razoabilidade, o diploma processual penal reformado também busca adequar-se ao texto constitucional que, embora não trate expressamente destes princípios, traz fundamentos dogmáticos que os remetem. Nesse diapasão discorre o autor Renato Brasileiro de Lima:

Após constatar ampla incidência destes princípios sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do estado - inclusive sobre atividade estatal que envolve a produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, essencial à racionalidade do estado democrático de direito e imprescindível à tutela das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law*.²⁴

A verdade é que todos os princípios atinentes à lei 12.403/11 são fundamentais para a construção de um ordenamento jurídico legal. Logo, temos, conseqüentemente, a tentativa de uma ordem social compassível com o anseio constitucional pretendido pelo constituinte.

23 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 61.

24 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.27.

1.4 A Lei nº 12.403/11 e o fim da bipolaridade das medidas cautelares de natureza pessoal no Código de Processo Penal.

Durante muito tempo perpetuou no ordenamento jurídico brasileiro a idéia bipolar do processo penal, o agente que cometera um crime, ou respondia o processo em liberdade, ou era preso por força de uma medida cautelar, não havia opção intermediária, fato esse que ocasionava um prejuízo explícito ao agente e ao processo. O agente era submetido à uma restrição que tornou-se banalizada, e o processo, por sua vez, perdia a eficácia por inexistir medidas alternativas à prisão, não se tinha um plano de fundo que respeitasse a estrita proporção e necessidade da medida aplicada. Renato Brasileiro de Lima Relata:

Essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção, quer a própria eficácia do processo penal. Afinal, se é verdade que muito comum o surgimento de situações que demandam a decretação de medidas cautelares, também é verdade que nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo.²⁵

Com a nova lei essa dualidade é superada, o processo é protegido de forma mais eficaz e a própria sociedade é resguardada de eventuais esbulhos que todos os cidadãos estavam suscetíveis, a ampliação do leque de medidas cautelares faz com que se aplique exatamente o que se deseja em um estado que não mais admite excessos. Assim dispõe Santoro Filho:

A Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 amplia, consideravelmente, as possibilidades cautelares. O indivíduo não mais está submetido ao excesso que era amplamente aplicado ao se impor uma medida grave como a prisão preventiva. O magistrado agora está munido de medidas nominadas que contemplam a exata resposta jurisdicional que se pleiteia.²⁶

Surgem, portanto, 09 (nove) novas medidas cautelares diversas da prisão, elas podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, como vínculos da liberdade provisória, ou de forma autônoma. De acordo com o artigo 319 da lei 12.403/11, as medidas cautelares diversas da prisão são as seguintes:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

25 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. Ed. Niterói Impetus, 2011, p.04.

26 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p.53.

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.²⁷

É importante ressaltar que as novas medidas cautelares introduzidas ao CPP não são apenas substitutivas ou alternativas à prisão cautelar, elas também podem ser aplicadas de forma isolada, ou seja, não se guarda qualquer vínculo com a anterior prisão em flagrante. O assunto é reforçado pelo artigo 282, § 1 e § 2 do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

- I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou

27 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público²⁸

Com o fim da bipolaridade que antes imperava na legislação pátria, o judiciário passou a ter mais possibilidades e alternativas, ao receber o auto de prisão em flagrante, se eu juiz verificar a ausência dos requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, deve conceder ao preso a liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no artigo 319, observando os critérios de necessidade e de adequação. É exatamente o que se expõe na redação do artigo 321 do CPP:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.²⁹

Desta forma, é bastante oportuno o acréscimo de medidas que coadunem com a realidade atual e que contribuam para a manutenção de uma sociedade livre de medidas antigas e extremadas.

1.5 Pressupostos das medidas cautelares em geral

Para a devida aplicação de uma medida cautelar de natureza pessoal torna-se necessária a existência inequívoca de dois pressupostos principais, trata-se do *fumos commissio delicts* e do *periculum in libertatis*. Quando inexistente um desses requisitos não se pode falar em necessidade de aplicação de uma medida cautelar, o contrário legitimaria a imposição injustificada de restrições ao agente. Portanto, a cautelaridade de natureza pessoal jamais será imposta de forma automática como efeito de um ilícito penal, o operador do direito precisa analisar o caso concreto e verificar se estão presentes os requisitos necessários para aplicação de determinadas medidas cautelares.

As cautelares diversas da prisão impostas pela Lei nº 12.403/11 não estão

28 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

29 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

excluídas da observância do *periculum in libertatis* e do *fumus commissio delictis*, o simples fato de não tratarem de uma restrição total da liberdade não enseja em uma flexibilização dos pressupostos elencados. Nesse sentido relata o autor Renato Brasileiro de Lima:

Não se pense que as medidas diversas da prisão, por não implicarem a restrição absoluta da liberdade, não estejam condicionadas à observância dos pressupostos e requisitos legais. Pelo contrário. À luz da garantia da presunção da não culpabilidade e da própria redação do art. 282 do CPP, nenhuma dessas medidas pode ser aplicada sem que existam os pressupostos do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*, e desde que efetivamente necessárias ao caso concreto³⁰

Nesse sentido também discorre Aury Lopes JR:

Apesar de o art. 282 do CPP não exigir expressamente a presença do *fumus commissi delicti* para a adoção das medidas cautelares diversas da prisão, mas apenas que a medida seja necessária e adequada, e que a infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativa, não se pode perder de vista que estamos diante de um provimento de natureza cautelar. De fato, embora seja correto afirmar que as exigências feitas para as medidas cautelares diversas da prisão possam ser menores ou menos intensas do que as exigências feitas para a a prisão preventiva, não pode a lei deixar de exigir a presença do *fumus commissi delicti*, tal como fez para a prisão preventiva, sob pena de possível abuso na aplicação dessas medidas cautelares 22³¹

O *fumus commissi delicti* seria a constatação manifesta de que existem indícios suficientes de autoria e materialidade do ilícito penal. É a fumaça da prática de um fato punível. Entende-se, portanto, como uma grande aproximação à probabilidade da ocorrência do delito. O *periculum in libertatis*, por sua vez, deve ser entendido como o perigo concreto que a permanência do agente em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social. Explica Garcia:

A fumaça da comissão de um delito, representata pelo verbete *fumus commissi delicti*, deve ser entendida como o lastro probatório mínimo da existência de um crime. Já o perigo da liberdade, representado pelo *perciculum in libertatis*, é o risco concreto que se sofre em

30 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1 ed. Niteroi: Impetus, 2011, p.32.

31 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 22.

virtude da liberdade agente que provavelmente cometera um crime.³²

É verdade que tanto a adoção das medidas cautelares diversas da prisão quanto a decretação da prisão preventiva pressupõem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*. Porém, enquanto a prisão preventiva só pode ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, se o agente for reincidente em crime doloso, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, enfermo, idoso ou pessoas com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas, a decretação das medidas cautelares diversas da prisão exige apenas que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade. O que se preceitua é o novo texto constante nos artigos 313, I, II e III do CPP, *in verbis*:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.³³

Há certa discrepância na doutrina acerca da terminologia correta aplicada aos pressupostos principais das medidas cautelares de natureza pessoal, ou seja, *fumus commissi delicti* e *periculum in libertatis*. Alguns autores tradicionais preferem a terminologia adotado pelo estudo civilista das medidas cautelares, logo, os termos corretos seriam *fumus bono iuris* e *periculum in mora* ao invés de *fumus commissio delicti* e *periculum in libertatis*, porém, grande maioria da doutrina se debruça no entendimento de que a terminologia adequada seria, efetivamente, aquelas citadas inicialmente. Nesse sentido relata Aury Lopes JR

Discordamos em relação à doutrina tradicional que, ao analisar o

32 GARCIA, Débora Faria. **Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1 ed. São Paulo: Método, 2011, p.59.

33 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

requisitos e fundamentos das medidas cautelares, identifica-os como *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. De destacar-se que o trabalho de alguns autores tradicionais é de imensa valia, mas não se pode transportar alguns conceitos civilistas para o processo penal de forma imediata e impensada, como tem sido feito. O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia.³⁴

A doutrina considerada moderna diverge da tradicional ao estabelecer que a utilização do termo *fumus bono iuris* não se adéqua plenamente à cautelaridade das medidas do CPP, pois o ilícito penal não seria a constatação da existência de um direito, o correto seria a utilização de um termo que constataste a ocorrência provável de um delito. Explica Aury lops JR:

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida cautelar coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um ato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus comissi delicti*, enquanto probabilidade de ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Constitui impropriedade semântica e jurídica afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é "fumaça do bom direito"? Ora, o delito é a negação de um direito, sua antítese.³⁵

No mesmo sentido destaca Renato Brasileiro:

Em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, não há que se falar em *fumus boni iuris*, mas sim em *fumus comissi delicti*. Não é a fumaça do bom direito que determina ou não a prisão de alguém, mas sim a comprovação por elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que o delito foi cometido por aquela pessoa que se pretende prender. Daí o uso da expressão *fumus comissi delicti*, a ser entendida como plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito.³⁶

Em concordância com os preceitos estabelecidos pela doutrina considerada

34 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 14.

35 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.15.

36 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1 ed. Niterói Impetus, 2011, p.31.

tradicional, o autor Marcos Paulo Dutra explica a preferência pela terminologia adotada no âmbito cível:

É preferível a locução *fumus boni iuris* à *fumus commissi delicti*, porquanto esta última enfatiza exageradamente a existência e autoria delitivas como os 02 (dois) grandes indicativos de plausibilidade da pretensão condenatória, o que é equivocado, pois ainda que uníssonas sejam a autoria e a materialidade criminosas não obrigatoriamente a pretensão punitiva estatal se mostrara robusta.³⁷

Existem também divergências acerca da utilização do segundo requisito fundamental ao estudo das medidas cautelares, para os tradicionalistas o *periculum in mora* seria o termo correto a ser utilizado, uma vez que representa o perigo que a demora na prestação jurisdicional pode trazer ao regular procedimento do processo, o *periculum in mora* é visto como o risco derivado do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até o fim do processo. Destaca Jose Nilton Costa de Souza

Prefere-se o termo *periculum in mora*. O referido verbete reproduz de maneira mais adequada a característica de provisoriedade da medida cautelar e sua aplicação não definitiva. Seria a representação clara que a demora poderia ruir os aspectos processuais.³⁸

Para parte da doutrina considerada moderna, quando se fala em medidas cautelares dentro do âmbito penal o correto seria o uso do termo *periculum in libertates* e não *periculum in mora*, o que está em jogo no âmbito processual penal não é o lapso temporal transcorrido e sim o perigo que o agente, em liberdade, pode representar para a sociedade como um todo. Nesse sentido explica Aury Lopes Junior:

Dentro do Processo Penal o fator determinante não é o temor da demora, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado: Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova.)³⁹

Logo, é certo que independentemente do uso adequado da terminologia, fica

37 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 32.

38 SOUZA, José Nilton Costa de. *Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz*. Disponível em www.paginasdeprocessopenal.com.br, acesso em 10.02.2012.

39 LOPES JR., Aury Lopes. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, P. 14.

claro que, tanto a medida cautelar extrema (prisão cautelar) quanto as medidas diversas da prisão, necessitam de pressupostos claros que demonstrem indícios suficientes de autoria e materialidade do ilícito penal, além de ser necessária também a indicação do perigo que a falta de aplicação cautelar traria.

1.6 Procedimentos para aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal conforme a lei nº12.403/11.

A grande novidade trazida pela última reforma do CPP é justamente a introdução de medidas cautelares que acabam com a bipolaridade do sistema processual penal, juntamente com as novas medidas houve uma atualização e/ou uma imposição de procedimentos a serem adotados. O procedimento referente à aplicação das medidas cautelares está disciplinado nos novos parágrafos do artigo 282 do CPP.

1.6.1 Aplicação isolada ou cumulativa das medidas cautelares

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente. Significa dizer que, a depender da adequação da medida e da necessidade do caso concreto é possível que o juiz adote uma ou mais medidas cautelares de caráter pessoal, devendo verificar a compatibilidade e a coexistência entre elas. Desta forma dispõe o artigo 282, § 1º, do CPP, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.⁴⁰

É de grande valia a conciliação entre as diversas medidas cautelares agora existentes, acertou o legislador ao permitir a coexistência de medidas que se complementam, se o operador do direito fosse limitado à escolha de apenas uma medida cautelar estaríamos diante de um retrocesso, o legislador andaria pela contramão do que se pretendeu estabelecer com a nova lei que introduziu

40 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

alternativas. Leciona Gomes e Marques:

A liberalidade em cumular medidas nominadas pela Lei 12.403/11 representa, mais uma vez, o anseio do legislador em atribuir a condição de *ultima ratio* à prisão preventiva. Não sendo suficiente a aplicação isolada da medida cautelar, o magistrado possui o poder de cumular aumentando a amplitude restritiva, evitando assim, a prisão preventiva.⁴¹

1.6.2 Decretação das medidas cautelares de ofício pelo juiz

Na fase investigatória, fica vedado ao juiz a imposição de medidas cautelares, isso se dá pela preservação que se pretende atribuir ao instrumento investigatório. Cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal, portanto, a atuação do juiz está condicionada ao requerimento do MP ou à representação da autoridade policial. Transcreve-se o § 2º do artigo 282:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.⁴²

Deve o juiz, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, uma vez que graves prejuízos serão causados à imparcialidade do magistrado se fosse possível admitir que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício na fase pré-processual. Sobre o assunto destaca Renato Brasileiro de Lima:

Antes do início do processo, destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reversa ao magistrado, nesse momento, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a intimidade, assim como a liberdade de locomoção.⁴³

41 GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 de Maio De 2011*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 115.

42 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

43 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1ed. Niterói Impetus, 2011, p.45.

Todavia, uma vez acionado o Judiciário por meio de denúncia promovida pelo Ministério Público ou por uma eventual queixa-crime, pode o juiz atuar de forma oficiosa, nasce a legitimação pra atuar em campos que são inerentes à atuação judiciária, podendo, assim, decretar medidas cautelares de ofício caso verifique a necessidade do provimento para preservar o processo e sociedade como um todo.

Cabe ressaltar ainda que não houve mudanças determinantes acerca da legitimação para a imposição de medidas cautelares em relação ao antigo texto do CPP, porém, introduziu-se dispositivo atribuindo legitimidade ao assistente de acusação para requerer a prisão preventiva. Nesse sentido destaca Noberto Avena:

No curso do processo judicial, o juiz poderá decretar as medidas cautelares tanto *ex officio* como a requerimento do Ministério Público, do querelante e do assistente de acusação. Neste aspecto, a alteração introduzida pela Lei 12.403/2011 em relação à disciplina anterior do Código de Processo Penal ocorreu apenas para o assistente de acusação que, antes, não possuía legitimidade para requerer a prisão preventiva e agora tem.⁴⁴

Portanto, conclui-se que, durante a fase investigatória, a decretação das medidas cautelares pelo juiz só poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial ou do Ministério Público. No curso do processo, porém, tais medidas poderão ser decretadas pelo juiz de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

1.6.3 Contraditório prévio à decretação das medidas cautelares

Com a entrada em vigor da lei 12.403/11 atualizou-se a legislação no sentido de que poderá o acusado interferir defensivamente em um momento anterior à aplicação da medida cautelar pessoal. Antes tal fato não era possível, pois se via a oportunidade do acusado protelar a aplicação da medida prejudicando, consequentemente, a eficácia cautelar. A nova reforma processual repensou tal questão e inseriu a figura do contraditório. Nessa esteira transcreve-se o artigo 282. § 3º, do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

44 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.⁴⁵

Porém, nos casos em que se requer urgência não se torna obrigatória a presença do contraditório prévio, o próprio dispositivo ressalta que nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia das medidas, o provimento cautelar poderá ser determinado pelo magistrado sem a prévia oitiva da parte contrária. O estabelecimento do contraditório em alguns casos pode ser determinante para a frustração daquilo que se pretende com a própria cautelaridade, logo, foi feliz o legislador ao estabelecer pontos que mitigam o contraditório, não seria inteligente chamar o acusado para opinar sobre sua prisão cautelar sendo que existem indícios que o agente pretende empreender fuga. Nesse sentido opina Noberto Avena:

Não obstante esta disciplina, excetuou o art. 282, § 3º da necessidade de contraditório prévio as hipóteses de urgência na apreciação da medida, bem como aquelas em que a prévia ciência pelo agente possa implicar perigo de ineficácia do provimento judicial. Absolutamente pertinente esta ressalva legal. Com efeito, a exigência de contraditório prévio deve exigir compatibilidade em relação à natureza da medida cautelar e às circunstâncias do caso concreto, pois é inequívoco que, em determinadas hipóteses, a prévia ciência do acusado pode vir a frustrar os objetivos pretendidos com a aplicação da medida.⁴⁶

O contraditório, portanto, dependerá das circunstâncias do caso concreto, sendo delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficiência da medida. A falta do contraditório prévio em determinados casos não significa que esse instituto não existirá, é perfeitamente possível que a oportunidade de defesa seja dada em um momento posterior à medida. Discorre sobre o assunto Noberto Avena:

[...]

não se diga que, em tais casos, haverá prejuízo à ampla defesa ou ao contraditório visto que, nestas situações, o exercício de tais garantias é postergado para momento posterior à deliberação judicial. Não há, portanto, uma privação ao contraditório e à ampla defesa, mas sim uma postergação plenamente justificada pelas

45 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

46 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012.

circunstâncias próprias do caso submetido à apreciação do juízo.⁴⁷

Na mesma verdade discorre Renato Brasileiro de Lima:

A limitação ao exercício de defesa é plenamente constitucional e se apresenta em franca compatibilidade com a medida cautelar decretada, a que pressupõe a surpresa e a imprevidência, preservando a eficácia do processo. Aqui a defesa terá condições de interferir na decretação da medida cautelar apenas em um momento posterior, questionando sua legalidade por meio de um eventual recurso ou *habeas corpus*, hipótese em que o contraditório será deferido.⁴⁸

Portanto, fica claro que deve ser levado em consideração o caso concreto para oportunizar a defesa, afinal não se trata de uma regra que exclui a apreciação fática e concreta.

1.6.4 Descumprimento das obrigações inerentes às medidas cautelares.

O artigo 282, § 4º, introduzido pela Lei 12.403/11 dispõe acerca do eventual descumprimento das medidas impostas pelo magistrado. Transcreve-se o teor do artigo anteriormente mencionado:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).⁴⁹

Portanto, o magistrado possui o condão de atuar, inclusive de ofício, quando se verifica o descumprimento da medida imposta e a consequente perda de sua eficácia, diante desses fatos, existem 3 (três) caminhos a serem trilhados pelo magistrado. O primeiro seria a substituição por outra medida não privativa da liberdade, podendo inclusive ser mais de uma. A segunda opção seria a cumulação

47 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012.

48 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 22.

49 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

da medida já imposta com outra ou outras que se mostrarem necessárias e adequadas ao caso concreto. E como terceira e mais danosa hipótese, a decretação da prisão preventiva do indiciado ou acusado. É nesse sentido que posiciona-se Marcos Paulo:

Portanto, verificando o descumprimento injustificado de imposições relativas às medidas cautelares diversas da prisão, o que demonstra que o acusado não soube fazer por merecer o benefício da medida menos gravosa, é possível que o juiz determine a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou, em última hipótese, a própria prisão preventiva.⁵⁰

O descumprimento a que se refere o artigo mencionado, além de injustificado, deve ser comprovado mediante o devido processo legal, assegurado ao investigado ou acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa. A decisão judicial que determina a substituição da medida cautelar descumprida, a imposição de outra, ou até mesmo a prisão preventiva, deve ser devidamente fundamentada, bem como cercada de razoabilidade e proporcionalidade. Relata Noberto Avena:

Para tanto, em fiel observância ao disposto no artigo anteriormente citado deve ser assegurado ao acusado o contraditório prévio, apontando o magistrado, fundamentadamente, as razões pelas quais entendeu necessária a substituição da medida, a imposição de outra em cumulação, ou a imposição da prisão preventiva.⁵¹

Ante a simplicidade da questão e do poder auto-explicativo trazido pelo artigo 282, § 4º, cabe salientar, nesse momento, alguns pontos de discussão que surgem ao se verificar a aplicação deste comando legal. A discussão diz respeito à medida a ser adotada diante da inobservância da medida cautelar imposta quando a prisão preventiva não for cabível. Logo, o que fazer se a medida diversa da prisão for injustificadamente descumprida e a prisão preventiva não for cabível no caso concreto? Nesse caso seria possível a imposição de prisão cautelar mesmo que o ilícito penal não suporte essa medida cautelar extrema? A resposta é diversa dentro da doutrina.

A primeira corrente afirma que não seria possível a imposição de prisão na sua forma cautelar, uma vez que o dispositivo legal dispõe expressamente sobre as

50 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 51.

51 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012.

hipóteses em que se admite a decretação da prisão preventiva. Logo, mesmo diante do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força das medidas cautelares, a aplicação da prisão cautelar só poderá ser decretada se preenchido um dos requisitos elencados nos incisos ou no parágrafo único do artigo 313 do CPP. É nesta vereda que se posiciona Renato Brasileiro de Lima:

Não é possível aplicar a regra dos arts. 282, § 4º, *in fine* e 312, parágrafo único e, em decorrência, converter a medida não cumprida em prisão preventiva, já que a hipótese é alheia ao art. 313 do CPP, que contempla os casos em que esta custódia é admitida. Resta ao juiz, então, substituir a medida descumprida por outra, ou estabelecer nova medida em cumulação, nos termos do art. 282, § 4º, 1ª e 2ª partes.⁵²

A segunda corrente afirma ser possível a aplicação da prisão cautelar por entender que as limitações do art. 313 do CPP não se aplicam aos casos de descumprimento das obrigações impostas. Noberto Avena disserta sobre o assunto:

Trata-se da posição que acolhemos, mesmo porque o art. 282, § 4º estabelece uma regra geral para o descumprimento destes provimentos, sendo esta disciplina localizada, topograficamente, em Capítulo anterior ao que regulamenta a prisão preventiva e no qual se contemplam as infrações que permitem esta forma de segregação. Lembre-se, porém, que tal conversão, nos termos explícitos do referido § 4º, é cabível tão somente quando não for possível determinar a substituição ou cumulação da medida descumprida por outra – “ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312).⁵³

Portanto, cabe afirmar que, juntamente com o surgimento de novas medidas cautelares, surge também a possibilidade e a liberalidade do operador do direito em alterar medidas que perdem eficácia por algum motivo.

1.6.5 Revogabilidade e/ou substitutividade das medidas cautelares

A medida cautelar é caracterizada pela sua provisoriedade, ou seja, a cautelaridade dura enquanto perdurarem os motivos que fizeram necessária a sua imposição. Não seria legal, ou até mesmo moral, a manutenção de uma medida cautelar sendo que o suporte fático que a tornou possível não mais existe. Permite-se, portanto, a revogabilidade e/ou a substituição das medidas quando não mais

52 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.44.

53 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012.

presente as razões determinantes que levaram a sua aplicação pelo magistrado. É necessária uma análise do suporte fático, uma vez que as cautelares são situacionais, ou seja, dependem de uma situação persistente. O artigo 282 , § 5 tipifica o entendimento descrito anteriormente:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.⁵⁴

Logo, a prisão cautelar e as medidas diversas poderão ser revogadas quando não mais existirem motivos que assegurem a sua existência, tal mandamento pactua-se com a necessidade e a proporcionalidade proposta pela nova redação do artigo 282, incisos I e II , do CPP. Em sentido contrario, pode o magistrado voltar a decretar a medida aplicada se sobrevierem as razões que a justifiquem. Diante da pluralidade de opções acautelatórias imposta pela lei 12.403/11 o magistrado pode também modificar a medida quando verificar que aquela anteriormente aplicada não mais é suficiente. Relata Aury Lopes Juíunior sobre o assunto:

Nas medidas cautelares, a provisoriedade é um principio básico pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecendo o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus comissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das "fumaças" impõe a imediata soltura ou revogação da medida imputada, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da cautelar.⁵⁵

Portanto, o juiz teria legitimidade para revogar, substituir e reaplicar as medidas cautelares, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam.

54 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

55 LOPES JR., Aury Lopes. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.43.

1.6.6 Duração das medidas cautelares de natureza pessoal

Nada disse a lei nº 12.403/11 quanto ao prazo de duração das medidas cautelares de natureza pessoal, porém existem algumas regras que devem ser seguidas acerca da continuidade ou interrupção das medidas afitivas. Mesmo não tendo um comando expresso contido na lei nº 12.403/11 é possível estabelecer limites, o sistema de prazos proposto por Marcos Paulo Dutra Santos permite o estudo acerca do tema.

As medidas cautelares podem ser decretadas incidentalmente à investigação ou ao processo. As medidas afitivas aplicadas no curso do processo deverão, em regra, perpetuar até a pronúncia ou sentença, ressalvados os casos de revogação, substituição da medida impostas. Nesse sentido explica Marcos Paulo Dutra Santos.

Quando incidentais ao processo, as medidas cautelares perdurarão em princípio até a pronúncia ou a sentença penal condenatória, ocasião em que o juiz ,obrigatoriamente, terá que avaliar a pertinência, ou não da sua manutenção ou alteração, até porque o artigo 282, §§4º e 6º do CPP lhe dá poderes para agir oficiosamente durante o envolver processual.⁵⁶

Em contrapartida, quando incidentais ao inquérito policial não se pode afirmar que as medidas cautelares persistirão enquanto ocorrer a investigação penal, uma vez que estes procedimentos pré-processuais não têm prazo pré-definido e o indiciado pode permanecer como tal durante uma infinidade temporal. Não há razões legais ou morais para que o agente fique tempo indeterminado sofrendo restrições impostas pelas medidas cautelares. Seguindo o preceito estabelecido constitucionalmente, é garantido ao cidadão a razoável duração do procedimento investigativo assim como deve ser garantido um limite temporal no que tange a aplicação da medida imposta. Segundo Marcos Paulo Dutra:

Como é inconcebível que constrições à liberdade fiquem em aberto indefinidamente, ao arrepio do art. 5º, LXXV da CRFB/88, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que impôs a duração razoável do processo no âmbito não só judicial, mas também administrativo, urge que se delimite o prazo de duração das medidas cautelares listadas nos arts. 319 e 320 do CPP, quando incidentais ao inquérito policial.⁵⁷

56 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p.271.

57 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 253.

Desta forma, Marcos Paulo Dutra Santos entende que o prazo razoável para a duração da medidas decretadas incidentalmente ao inquérito policial seria entre 30 (trinta) a 60 (sessenta) conforme relato abaixo:

Reputamos que o prazo máximo de duração deve gravitar entre 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias por deferentes motivos:

a) como tais medidas cautelares são preparatórias a ação penal, aplicam-se, subsidiariamente, os arts. 806 a 808 do Código de Processo Civil, conforme autoriza o art. 3º do CPP, logo a partir da efetivação da constrição pessoal em desfavor do indiciado a demanda há se ser propostas em 30 (trinta) dias;

b) a medida cautelar afilativa de maior duração ao longo do inquérito é a prisão temporária, concernente ao crimes hediondos e equiparados, que não pode exceder o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, ate o máximo de 60 (sessenta) dias, ex vi do art. 2º, §4º da Lei nº 8072/90, logo nada impede a aplicação por analogia deste dispositivo às demais medidas cautelares listadas nos arts, 319 e 320 do CPP;

c) o sequestro de bens determinado incidentalmente ao inquérito policial só perdura por 60 (sessenta) dias, devendo a ação penal ser deflagrada neste íterim sob pena de desbloqueio dos bens.⁵⁸

Logo, apesar da reforma não introduzir prazos máximos para as medidas cautelares entende-se, por via doutrinária e pelo senso trazido pelo ordenamento jurídico, que o prazo é um aspecto subjetivo, mas que deve ser pensado na medida em que coexistam com as regras já existentes.

1.7 Prisão em flagrante e a repercussão trazida pela Lei nº 12.403/11

A Constituição é clara ao definir que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente. A prisão em flagrante não é um tipo de restrição à liberdade que precede o mandamento judicial, sendo assim, a prisão em estado de flagrância nasce de forma puramente administrativa. É por isso que esse tipo de custódia deve ser comunicada imediatamente ao juiz para que ganhe características de afirmação judicial. Nesse sentido relata Marcus Paulo Dutra:

A prisão em flagrante possui, inicialmente, natureza administrativa haja vista que a sua concretização dispensa ordem jurisdicional prévia, nos termos do art. 5º, LXI da CRFB/88, claríssimo ao

58 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 254.

preceituar que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, tanto que a Autoridade Policial e seus agentes devem prender em flagrante e comunicar o magistrado posteriormente.⁵⁹

Com o advento da Lei nº 12.403/11, uma vez comunicada a captura em flagrante, o juiz competente tem 03 (três) alternativas: relaxar a prisão quando ela é caracterizada ilegal; conceder liberdade provisória ao indiciado, com ou sem fiança, haja vista que desnecessária; ou pode ainda converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando não forem efetivas as medidas cautelares diversas da prisão e seguindo os demais requisitos.

Não mais se permite que a prisão em flagrante, por si só, seja capaz de assegurar a custódia do indiciado. A prisão em flagrante se legitima na medida que é capaz de evitar a fuga do acusado, auxiliar a colheita de informativos e impedir a consumação do delito. A presença desses motivos consubstanciam o entendimento de que o flagrante era suficiente para permanecer o acusado em custódia cautelar. Relata Renato Brasileiro de Lima:

No sistema concebido originalmente pelo CPP de 1941, a prisão em flagrante tinha a função de colher provas, evitar a fuga do acusado e impedir a consumação do delito, além de servir como medida acautelatória. Desse modo, quem era preso em flagrante, desde que não tivesse se livrado solto, não fosse admissível a fiança, ou não tivesse sua conduta justificada por alguma excludente de ilicitude, deveria, apenas por esse motivo, permanecer preso durante todo o processo. O flagrante, por si só, era fundamento suficiente para que o indivíduo permanecesse recolhido à prisão ao longo de todo o processo.⁶⁰

Agora, com a entrada em vigor da última reforma processual, fica claro que a prisão em flagrante, por si só, não mais autoriza que o agente permaneça preso ao longo de todo o processo, uma vez que fica ainda mais latente a necessidade do magistrado analisar requisitos da prisão cautelar para conversão da prisão em flagrante. Afinal, segundo a nova redação do artigo 310 do CPP, *in verbis*:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

59 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p.269.

60 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.51.

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.⁶¹

Logo, ninguém pode permanecer preso sob o fundamento da prisão em flagrante vista isoladamente, pois esse instituto não é mais suficiente para restringir a liberdade do agente. Nestes termos, a prisão em flagrante deverá ser comunicada ao juízo competente para que o magistrado atue conforme a nova redação legislativa.

Por fim, destaca-se a Resolução nº 66, do Conselho Nacional de Justiça, publicada em 27 de janeiro de 2009:

Art. 1º Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre:

I - a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei a lei admitir

II - a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente;

III - o relaxamento da prisão ilegal.⁶²

Percebe-se que a Lei nº 12.403/11 positivou um entendimento que já vinha se firmando na doutrina e nos próprios enunciados resolutivos.

1.8 Prisão preventiva sob o enfoque da reforma processual

Como demonstrado nos itens anteriores, a prisão preventiva passou a ser medida extrema, buscou-se o fim da banalização desse instituto cautelar introduzindo novas opções ao magistrado. Com a introdução da Lei nº 12.403/11 modificou-se aspectos importantes como a introdução de um novo pressuposto e a

61 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

62 BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Resolução nº 66 de 27 de janeiro de 2009. Disponível em www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia?start=90, acesso em 25/01/2012.

mudança dos requisitos de admissibilidade, fato este que limitou a aplicabilidade prisão cautelar.

Para compreender a aplicação da prisão preventiva é necessário trilhar um caminho a ser percorrido dentro do Código de Processo Penal. Os requisitos da prisão preventiva estão previstos nos artigos 313 e 312, ambos do CPP, com a nova redação dada pela Lei 12.403/11, dividindo-se em condições de admissibilidade, pressupostos e fundamentos, sendo que somente com a presença de uma das hipóteses do primeiro requisito (condições de admissibilidade – art. 313 do CPP) se analisa o segundo (pressupostos -art.312, caput, do CPP) e, somente na presença dos dois primeiros se chega a análise do terceiro (art. 312, caput, primeira parte, do CPP). Nesse sentido explica Marcos Paulo Dutra:

[...]

o manuseio da prisão preventiva invariavelmente começa no art. 313 do CPP para, depois migrar para o art. 312, expondo, assim, a disposição topográfica positivada pelo legislador, lamentavelmente mantida pela Lei nº 12.403/11. Em suma o art. 313 nos traz as infrações penais que comportam a decretação da prisão preventiva, o art. 312 anuncia quando se mostra necessária.⁶³

Cabe salientar cada passo para a decretação legal dessa medida cautelar extremada.

1.8.1 Requisitos de admissibilidade da prisão preventiva

Antes de identificar subjetivamente quando será necessária a prisão preventiva é necessário identificar as hipóteses objetivas nas quais serão possíveis juridicamente decretá-la. O artigo 313 do CPP traz as hipóteses em que são admitidas as prisões preventivas. Tratam-se de requisitos objetivos. É o inteiro teor do artigo 313 do CPP, *in verbis*:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do

⁶³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p.108.

art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.⁶⁴

De acordo com o inciso primeiro, só é possível a imposição da prisão cautelar quando se verificar que o suposto crime praticado é punível com pena superior a 4 anos, logo, por meio da interpretação a *contrario sensu* não há possibilidade de imposição da prisão preventiva como cautelar de um crime culposos. Diferentemente da antiga redação do CPP agora não mais se estabelece a prisão preventiva pela qualidade da pena (reclusão ou detenção), avalia-se agora a quantidade da pena impondo um limite quantitativo superior a quatro anos.

Cabe salientar que as causas de aumento ou diminuição de pena e as qualificadores também devem ser computadas para estabelecer o limite imposto pelo artigo 313, inciso I, do CPP. Nesse sentido explica Marcos Paulo Dutra:

Por conseguinte, devem ser computadas as qualificadoras, eis que ostentam escalas penais mínimas em abstrato próprias, e as causas de aumento e de diminuição de pena, gerais ou especiais, exasperando da maior fração e reduzindo da menos, eis que o referencial é a reprimenda máxima.⁶⁵

A redação disposta pelo artigo 313, inciso II, do CPP, corresponde ao antigo texto que se encontrava no antigo inciso III do mesmo artigo, logo, não houve mudanças acerca da possibilidade da prisão ser decretada quando o acusado for reincidente em crime doloso. A mudança constatada resume-se apenas na disposição topográfica da positivação.

A análise do inciso III do artigo 313 faz com que o estudo se remeta,

64 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

65 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p.110.

invariavelmente, à antiga redação do revogado inciso IV. Apesar do referido inciso ter sido expressamente revogado não é possível afirmar que o agente não mais pode ser preso pela prática do crime que envolver violência familiar e doméstica contra a mulher. Deslocou-se o texto do inciso VI para o III, e, de acordo com a nova redação da lei 12.403/11, acrescentam-se vítimas da violência especificada. Relata Brasileiro de Lima nesse sentido:

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, o inc. IV do art. 313 do CPP foi revogado, porém a prisão preventiva continua sendo cabível em tal hipótese, já que o conteúdo do revogado inc. IV foi transportando para o inc. III com o acréscimo de outras possíveis vítimas de violência doméstica familiar: crianças, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.⁶⁶

Exaurido o entendimento de todos os incisos anteriores cabe analisar o parágrafo único do artigo 313, tal mandamento foi positivado com a entrada em vigor da nova reforma processual. Também será admitida a prisão preventiva quando não for possível a correta identificação do preso, seja por nenhuma informação ou por informações insuficientes. O preso deverá ser posto imediatamente em liberdade quando for sanado o motivo que levou a sua prisão, ou seja, assim que identificado de forma plena, o acusado deverá ser livrar-se solto.

O novo dispositivo se assemelha a antiga redação proposta pelo art. 313, inc. II. Assim afirma Noberto Avena:

O novel dispositivo assemelha-se ao art. 313, inc. II, in finis, do CPP, que admitia a prisão preventiva quando houvesse dúvida sobre a identidade do agente, ou quando não houvesse o fornecimento ou indicação para o seu esclarecimento.⁶⁷

Conclui-se que ausente as condições de admissibilidade não se pode analisar pressuposto e o fundamento da prisão preventiva. O contrário resulta na exploração dos próximos termos.

1.8.2 Pressupostos e fundamentos para aplicação da prisão preventiva

Como toda e qualquer medida cautelar, a prisão preventiva não dispensa a existência do *fumus comussi delicti* e do *periculum in libertatis*. São esses os

66 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 257.

67 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012.

requisitos tidos como principais pelo ordenamento. A Lei nº 12.403/11 definiu a prisão preventiva como medida extrema, logo, além de reafirmar a necessidade da presença inequívoca destes pressupostos, o referido diploma também condicionou a aplicação da prisão cautelar à ineficiência de medidas diversas. Nesse sentido explica Aury Lopes Jr.:

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, além da demonstração do *fumus comissi delicti*, consubstanciado pela prova da materialidade e de indicativos suficientes de autoria ou de participação, e do *periculum in libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal) , também passa a ser necessária a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão.⁶⁸

Portanto, o magistrado só poderá decretar a prisão preventiva quando não existirem outras medidas menos danosas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais também se possa alcançar o objetivo esperado.

Como afirmação daquilo visto nos itens precedentes, o *fumus comissi delicti* é a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria enquanto o *periculum in libertatis* pode ser representado pelo perigo que a liberdade do suspeito acarreta para a a garantia a ordem pública, a garantia da ordem econômica, a garantia da aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal. Assim esta disposto no art.312, caput, *in verbis*:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”⁶⁹

Cabe salientar que o *periculum in libertatis* está inserido na percepção de um desses elementos no caso concreto, não há necessidade de visualização de todos conjuntamente para a caracterização do pressuposto. Relata Noberto Avena:

Para que a prisão preventiva seja decretada, não é necessária a presença concomitante de todos esses fundamentos. Basta a

68 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 121.

69 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

presença de um único destas para que o decreto prisional seja expedido. Logicamente, caso esteja presente mais de um fundamento, deve o magistrado fazer menção a cada um deles por ocasião de fundamentação de decisão.⁷⁰

Em síntese, pode-se dizer que, no caminho para a decretação da prisão preventiva, cabe ao magistrado, inicialmente, verificar o tipo de crime cuja prática é atribuída ao agente, aferindo, a partir do art. 313 do CPP, se o crime em questão admite a decretação de prisão preventiva. Em um segundo momento, cabe ao magistrado analisar se há elementos que apontem no sentido da existência simultânea de indícios suficientes de autoria e de materialidade do crime. Finalmente, cabe ao magistrado a verificação do *periculum in libertatis*.

70 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012.

2 AS MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE

Como discriminado nos itens anteriores, o sistema processual brasileiro avançou ao estabelecer medidas alternativas a prisão cautelar, o magistrado não mais se encontra limitado à bipolaridade que existia no ordenamento processual. Como resultado, a reforma processual adequou a figura cautelar aos critérios pleiteados pela Constituição de 1988 e às modernas tendências legislativas. A medida cautelar extrema, representada pela prisão preventiva, agora figura como última alternativa ao magistrado. Nesse sentido explica Aury Lopes Junior:

Sem dúvida a maior inovação desta reforma do CPP em 2011, ao lado da revitalização da fiança, é a maior criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisão/liberdade.⁷¹

Logo, na busca de alternativas para o cárcere cautelar, criam-se 09 (nove) novas medidas cautelares para garantir a regularidade do processo em sua exata proporção.

2.1 Comparecimento periódico em juízo

A primeira medida cautelar diversa da prisão está prevista no art. 319, inciso I do CPP. Trata-se do comparecimento periódico do acusado em juízo no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades. Transcreve-se o referido artigo, *in verbis*:

Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;⁷²

Tal medida cautelar possui a finalidade de assegurar que o acusado tenha a obrigação de justificar e informar as atividades que desenvolve enquanto responde ao processo. Possui também a finalidade de estar à disposição do juízo para a

71 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.125.

72 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

prática de qualquer ato que se julgue necessário. Assemelha-se à condição que é imposta na suspensão do processo e no *sursis* processual. Nesse sentido explica Noberto Avena:

Comparecimento periódico em juízo: Podemos prever que, segundo a praxe estabelecida para o cumprimento das condições do *sursis* e da suspensão condicional do processo, o comparecimento deve se dar, em regra, mensalmente, não havendo impedimento para a fixação de frequência diversa pelo juiz, de acordo com a necessidade de cada caso. A exigência de prestação de informações acerca das atividades do investigado ou acusado e justificação, como ocorre naquelas hipóteses análogas, limitar-se à assinatura de folha de frequência, procedimento de caráter eminentemente simbólico, destinado a submeter o sujeito do processo às inconveniências da locomoção ao juízo em dia útil e no horário de funcionamento da serventia, à espera em filas de cartórios e ao contato nocivo com o ambiente das varas criminais, evidenciando o propósito exclusivo de nele inculcar temor reverencial pelo sistema penal.⁷³

Destaca-se que a medida funciona também como um mero controle das atividades do acusado, funcionando basicamente como uma folha de presença. Nesse sentido o magistrado possui informações acerca da efetiva disposição do acusado para com processo.

2.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Trata-se da segunda medida cautelar diversa da prisão constante art. 319, inciso II. Cabe a transcrição textual do inciso citado:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;⁷⁴

De acordo com o art. 319, inciso II, do CPP, pode o juiz determinar a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer

73 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012

74 BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

distante desses locais para evitar o risco de novas infrações. O acesso do acusado a determinados lugares pode acarretar em distúrbio, alguns lugares são propensos à prática delituosa.

O problema residente na inserção, não só dessa medida, como de todas as outras, é a fiscalização. Porém, ao se tratar especificamente desta medida a fiscalização se torna fundamental. Não adiantaria a mera proibição imposta pelo magistrado se não fosse possível a plena fiscalização do cumprimento. Por isso, entende-se que a aplicação desta cautelar deve ser imediatamente comunicada às autoridades ostensivas para que auxiliem na sua eficácia. Assim entende Jorge Vicente Silva ao analisar o inciso supracitado:

A fim de assegurar a operacionalidade e eficácia da medida, devem ser pensados instrumentos idôneos para a fiscalização dessa medida. A despeito do silêncio da lei, queremos crer que a adoção dessa medida deve ser comunicada de imediato à polícia judiciária e à própria polícia militar, a fim de que dêem apoio ao seu cumprimento.

75

Em síntese, destaca-se que a aplicabilidade deste inciso está relacionada, principalmente, a dinâmica do delito.

2.3 Proibição de manter contato com a pessoa determinada

Dispõe o art. 319, inciso III, do CPP, que o juiz pode determinar a proibição de manter contato com a pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ao acusado dela permanecer distante. Tal dispositivo possui duas conotações, ou seja, dois âmbitos que podem ser abordados. A referida medida pode ser aplicada tanto para proteger um indivíduo que se ache ameaçado pelo indiciado/réu como para proteger algum agente que determine a regular marcha processual. Portanto, a determinação judicial de afastar o agente de determinada pessoa pode ter o condão de evitar a reiterada prática criminosa, assim como pode assumir o objetivo de proteger testemunhas que são essenciais para a aplicação da lei penal e regular prosseguimento do feito.

Nesse sentido disserta Débora Faria Garcia:

75 SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Lei 12.403/11- Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.359.

Dentre outras finalidades dessa medida cautelar, podemos destacar: a) proteger determinadas pessoas em situação de risco em virtude do comportamento do agente; b) impedir que, em liberdade total e absoluta, possa o agente influenciar o depoimento de um ofendido e/ou testemunha, causando prejuízo à descoberta dos fatos.⁷⁶

Logo, é de extrema valia a aplicação de medida que possui o condão de dar proporcional reposta jurisdicional a um caso concreto sem precisar impor medida cautelar de total restringibilidade de liberdade.

2.4 Proibição de ausentar-se da comarca

O art. 319, IV do Código de Processo Penal prevê, como outra medida cautelar diversa da prisão preventiva, a proibição de ausentar da comarca. Havendo indícios concretos de que o agente pretende empreender fuga deve o juiz determinar a imposição de tal medida. Quando do ordenamento cautelar penal anterior, a única medida cabível a ser tomada era a prisão preventiva. Assim, tal dispositivo busca dar uma fiel aplicação da lei penal.

Vale ressaltar que existem críticas veementes a este dispositivo. Dispõe o inciso que pode o magistrado ordenar em desfavor do indiciado/réu a proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja *conveniente* ou *necessária* para a investigação ou instrução. Interpretando de maneira literal o texto legal chega-se a conclusão que o juiz pode impor a ordem pelo simples fato de ser conveniente para persecução penal, porém, a verdadeira essência dessa medida é evitar o risco concreto de fuga assegurando a fiel aplicação da lei penal. Não se trata, portanto, de preservar a persecução penal por simples conveniência e facilidade, e sim assegurar a necessária efetividade do texto penal que pode ser abalada por meio da fuga.

Ora, como aplicar tal medida com intuito de facilitar a instrução/investigação se o agente detém o direito de não querer colaborar e não produzir prova contra si mesmo? A medida deve ser aplicada como uma repressão a uma eventual esQUIVA à aplicação da lei (fuga) e não como uma forma de facilitar a persecução penal. Sobre o tema explica Antônio Carlos Santoro Filho:

76 GARCIA, Débora Faria. *Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 1 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 153.

O legislador não foi muito feliz na redação do inciso, porquanto a vedação de ausentar-se da comarca não se justifica a fim de preservar propriamente a persecução penal, e sim a fiel aplicação da lei penal, sendo esta a efetiva *ratio decidendi* da tutelar cautelar quando se invocar o art.282, I do CPP. Isso porque o indiciado ou o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo, tanto que o art. 5º, LXIII da CRFB/88 assegurou-lhe o direito ao silêncio, logo é garantia sua recusar-se a colaborar com a persecução penal.⁷⁷

2.5 Recolhimento domiciliar

O recolhimento domiciliar é outra medida que visa, cautelarmente, recolher o indivíduo em sua residência. Pelo dispositivo do inciso V do art. 319 do CPP, ao agente é imposta a obrigação de permanecer recolhido no período noturno ou nos dias de folga. Tal imposição deve ser aplicada ao agente que demonstre ser suficiente tal medida para o cautelamento do processo de maneira ampla.

Convergem os autores no entendimento de que esta medida cautelar processual penal é melhor aplicada em conjunto com o monitoramento eletrônico, apesar de não haver previsão legal desta cumulação específica.

Assim dispõe Norberto Avena:

Em que pese tenhamos procurado abstrair o ceticismo no exame das reformas introduzidas pela lei 12.403/2011, buscando, dentro do possível, enxergar pontos positivos nas disciplina introduzida, a verdade é que, na previsão do art. 319, V do CPP, não logramos vislumbrar a mínima eficácia. Bom, se cumulada com a cautelar de monitoração eletrônica (art.319, IX) pode, quem sabe, o provimento produzir resultados positivos no sentido de evitar a prática de infrações penais.⁷⁸

Na mesma vereda discorre Renato Brasileiro de Lima:

Apesar do silêncio acerca do assunto, pensamos que, a fim de ser conferir maior eficácia a essa medida, a prudência recomenda que sua aplicação seja feita em conjunto com o monitoramento eletrônico. De fato, se aplicada isoladamente, essa medida de recolhimento domiciliar no período noturno será de difícil, senão impossível fiscalização. Aplicada cumulativamente com a fiscalização eletrônica, a verificação de seu cumprimento será facilitada, conferindo-se maior eficácia à medida.⁷⁹

77 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 51.

78 AVENA, Noberto. *Processo penal*. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012

79 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1ed. Niterói: Impetus, 2011, p.363.

Há que se destacar, portanto, que tal medida não foi amplamente recepcionada pela doutrina com bons olhos, uma vez que a sua eficácia isolada é bastante diminuta.

2.6 Suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

O processo penal, com a Lei 12.403/11, passou a prever essa modalidade de medida cautelar diversa da prisão preventiva. Trata-se do afastamento provisório do indivíduo em relação ao seu cargo de natureza econômica ou financeira. Do mesmo modo, pode o agente ser afastado de sua função pública. A sua utilização justifica-se por haver justo receio de que o indivíduo irá fazer uso de sua função para a reiteração criminosa.

Não se trata de uma medida nova no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que já havia previsão deste instrumento cautelar quando da prática de alguns crimes dispostos na Lei 11.343/06. Assim, ao receber a denúncia o magistrado podia afastar provisoriamente o acusado de suas funções. Dispõe Santoro Filho:

Essa espécie de medida cautelar não é propriamente nova. Porquanto o art. 56, § 1 da Lei 11.343/06 dá ao juiz poder de afastar cautelarmente o acusado de suas atividades, caso seja funcionário público, comunicando o órgão respectivo quando do recebimento da denúncia pelos crimes descritos no art. 33, caput e § 1º, 34 a 37 da Lei 11.343/06.- tráfico de entorpecentes, auxílio material ao tráfico, associação ao tráfico, financiamento ao tráfico e vazamento de informações confidenciais ao tráfico por agentes infiltrados, respectivamente.⁸⁰

Essa medida deve ser tratada de maneira bastante ponderada. A perda do cargo é uma resultante natural da condenação. Assim, o afastamento provisório como medida cautelar deve ter uma base sólida de indícios. A banalização da aplicação da referida medida pode ter o condão de desrespeitar o princípio da não culpabilidade. Deste modo, para que não haja qualquer tipo de usurpação ao texto constitucional faz-se necessária a ponderação para que não haja antecipação dos efeitos condenatórios.

Explica Rodrigo Iennaco de Moraes:

80 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 55.

Conforme alinhado retro, a decretação desta medida cautelar não pode ser banalizada, sob pena de ofensa ao art. 5º, LVII da CRFB/88, ainda que interpretado restritivamente como presunção de não-culpabilidade, porquanto antecipa os efeitos da condenação criminal, nos moldes do art. 92, I do Código Penal. E, pior: tal cautela atinge a fonte de subsistência do imputado, logo a repercute em toda a sua família, transcendendo a pessoa do denunciado, o que torna a sua imposição ainda mais excepcional.⁸¹

Portanto, não se trata de uma medida nova, mas os cuidados acerca dos pressupostos e consequência dessa medida firmaram-se com o advento da Lei 12.403/11 que positivou no CPP este instrumento.

2.7 Internação Provisória

Dispõe o CPP que o juiz pode determinar a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração. Trata-se, portanto, de segregar o agente da sociedade cautelarmente.

A referida medida cautelar de nada se diferenciaria da prisão preventiva na medida em que os dois institutos cautelares possuem o mesmo objetivo de segregar provisoriamente evitando a reincidência criminosa. Porém, conquanto a prisão preventiva se destina ao imputável a internação provisória se destina ao inimputável. Assim dispõe Luiz Flavio Gomes e Ivan Luis Marques:

Apesar da terminologia, não se pode perder de vista, portanto, que a internação provisória importa cerceamento integral da liberdade, à semelhança da prisão preventiva, mas acompanhada de tratamento psiquiátrico. Por conseguinte, a sua imposição não se resume ao art. 282, I e II do CPP, devendo-se atentar também para os requisitos do art. 313 e os §§ 4º a 6º do art. 283, isto é, somente deve ser ultimada se nenhuma outra cautelar listada nos arts. 319 e 320 do CPP se mostrar suficiente, nem mesmo o recolhimento domiciliar.⁸²

Portanto, a doutrina dispõe que, para aplicar a internação provisória como medida cautelar, se deve seguir o mesmo caminho que se percorre ao se decretar a prisão preventiva. Os mesmos requisitos devem ser observados. Sobre o assunto

81 MORAES, Rodrigo Iennaco de. Reforma do CPP: *Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória*. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 20.08.2012

82 GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

também disserta Antônio Carlos Santoro Filho:

Para ser possível a aplicação desta medida devem estar presentes os pressupostos e requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP que, por óbvio, deverá ser recolhido não a uma penitenciária comum, mas a um estabelecimento adequado para a custódia do preso inimputável, podendo até mesmo ser, excepcionalmente, uma ala psiquiátrica separada, pertencente ao presídio reservado ao preso provisório.⁸³

Por conseguinte, faz necessária a estrita observação dos requisitos da prisão preventiva. Conquanto não presente tal necessidade no próprio Código Penal a doutrina se debruça para esse entendimento por haver clara restringibilidade de liberdade antes da sentença transitada em julgado.

2.8 Monitoração eletrônica

O monitoramento eletrônico está positivado no art. 319, IX do CPP. Trata-se de um recurso tecnológico que possui o desiderato claro de garantir a aplicação da lei penal e reprimir a tentativa de fuga.

Acontece que essa medida aplicada isoladamente acaba por não surtir muito efeito. Assim, a monitoração eletrônica é considerada, na verdade, uma cautelar que tem a função primordial de assegurar o cumprimento de outras medidas cautelares como a proibição de freqüentar determinados locais e necessidade de recolhimento noturno. Neste íterim leciona Débora Faria Garcia:

A monitoração eletrônica atuara como verdadeira medida cautelar acessória, imposta a fim de garantir o efetivo cumprimento das outras tutelas cautelares aplicadas. Por conseguinte, a sua fundamentação se confundirá com a motivação das demais tutelas cautelares, embora o juiz tenha que apontar dados concretos a indicar a necessidade de cumular o monitoramento eletrônico às demais, não sendo suficiente o risco hipotético de descumprimento, o que importaria cumulação automática sem fundamentação contextualizada.⁸⁴

Outro aspecto que se discute acerca desta medida cautelar seria a própria constitucionalidade. A identificação trazida à pessoa pelo uso deste instrumento tecnológico eletrônico traria uma espécie de estigma social. O agente seria

83 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 68.

84 GARCIA, Débora Faria. *Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 1 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 52.

facilmente identificado como um indiciado ou réu. Assim, o indivíduo seria tratado pela sociedade, carregada de conceitos extrapolados, como um criminoso. Portanto, o princípio da não culpabilidade ou da presunção da inocência estaria certamente lesionado. Tratar-se-ia de uma espécie de segregação sem que houvesse prisão de maneira formal, na medida em que o indiciado/réu sofreria limitações claras de ordem locomotiva. O receio de ser estigmatizado pela sociedade atinge, portanto, a própria esfera da liberdade. Neste sentido dispõe Antonio Carlos Santoro Filho pela inconstitucionalidade da medida.

Se daria ostensiva e diuturna publicidade social ao *status* de réu criminal do imputado, submetendo-o à vexames diários o que seria especialmente grave, pois haveria um juízo de culpa definitivamente formado. A estigmatização social inerente à persecução penal seria, no mínimo, gratuitamente, transbordada aos limites da demanda criminal. Em última análise, haveria uma involução em sede de garantias fundamentais restaurando uma prática eminentemente medieval, ao arrepio do critério de hermenêutica constitucional atinente à vedação ao retrospecto em sede de garantias fundamentais.⁸⁵

Por outro lado, discorre Marcos Paulo Dutra Santos pela constitucionalidade da medida:

As preocupações acerca da estigmatização social são relevantes, sim, mas não a ponto de por em cheque a constitucionalidade do monitoramento eletrônico enquanto medida cautelar, já que a sua imposição se guiará pelos critérios exclusivamente instrumentais do art. 282, I e II do CPP, sendo indeclinável que observe o princípio da proporcionalidade. A vulgarização da monitoração eletrônica seria, sim, inconstitucional, mas enquanto medida cautelar eletrônica cautelar afiliva (pessoal), a sua decretação não será a regra (nem poderia ser), e sim exceção, assegurando-lhe a convivência harmônica com os postulados constitucionais decantados. Por outro lado, desde que os dispositivos sejam discretos, não poderá dizer que haverá uma superexposição vexatória do acusado. O problema, portanto, não é jurídico, nem tampouco constitucional, mas sim tecnológico.⁸⁶

Por fim, vale ressaltar que, apesar da discussão acerca da constitucionalidade da medida cautelar referida neste item, qualquer medida que vise retirar o indivíduo de um sistema carcerário visivelmente saturado e inflado já é algo que contribui para

85 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 71.

86 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 121.

a própria dignidade da pessoa humana. Disserta Renato Brasileiro de Lima:

Diante das mazelas do sistema penitenciário, verdadeira fábrica de reincidência, que não protege a integridade física e moral do preso, sujeitando-o a uma série de silvícolas sexuais, à transmissão de doenças como a AIDS e tuberculose, qualquer instrumento que venha a servir como substitutivo de encarceramento cautelar deve ser acolhido pelo sistema.⁸⁷

2.9 Fiança

A fiança antes do advento da Lei 12.403/11 tinha o condão de funcionar apenas como uma medida de contra cautela, ou seja, a possibilidade de aplicar a fiança se restringia apenas quando se atrelava tal instituto à liberdade provisória.

A Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 mudou significativamente este panorama. Assim como as outras medidas cautelares diversas da prisão preventivas vistas nesse capítulo, a fiança agora também possui característica autônoma. Pode, portanto, o magistrado, sem a prévia vinculação de uma prisão em flagrante, estabelecer a fiança como medida cautelar que possui o condão de resguardar aplicação da lei penal possibilitando o comparecimento sempre que necessário do indivíduo.

Discorre Rodrigo Iennaco de Moraes:

A liberdade provisória sem fiança e com fiança sempre foi tratada pelo ordenamento jurídico pátrio como espécie de medida de contra cautela, funcionando como substitutivo da prisão em flagrante. Ou seja, nosso sistema nunca admitiu que alguém fosse submetido ao regime de liberdade provisória, com ou sem fiança, sem que estivesse previamente preso em flagrante. Com as mudanças produzidas no texto do CPP, verifica-se que, a partir da vigência da Lei 12.403/11, a fiança também poderá funcionar como medida autônoma.⁸⁸

A fiança, portanto, foi revitalizada, não mais subsistindo apenas como um instrumento que anda de mãos dadas à liberdade provisória. Assim, o magistrado pode aplicar a fiança espontaneamente quando já acionado processualmente ou até mesmo por meio de uma representação policial ou pedido ministerial como qualquer outra medida cautelar.

87 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 1ed. Niterói: Impetus, 2011, p.369.

88 MORAES, Rodrigo Iennaco de. *Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória*. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 20.08.2012.

Como se não bastasse, a fiança ainda possui maior aplicabilidade ante a extensão dos crimes em que a autoridade policial pode, desde já, aplicar esse instituto. Assim, como uma forma de desafogar o judiciário o delegado de polícia possui a possibilidade de aplicar fiança nos crimes que não excedem quatro anos de pena. Luiz Flavio Gomes e Marques dissertam:

A Lei 12.403/11 conferiu enorme crédito de confiança à autoridade policial ao dar-lhe o poder de impor a fiança enquanto medida cautelar substitutiva da prisão em flagrante, nos casos em que a reprimenda máxima em abstrato não exceda 04 (quatro) anos, *ex vi* do novel art. 322 do CPP.⁸⁹

O assunto é bastante extenso, porém, para o objetivo traçado por esta pesquisa, basta a compreensão de que a fiança agora figura como medida autônoma e permanece também como medida contra cautelar.

89 GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 187.

3 O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Ante a exaustiva exposição dos elementos que circundam o advento da Lei 12.403/2011 já se adquire respaldo suficiente para o debate que se inicia neste momento. O poder geral de cautela se justifica pelo fato de o magistrado poder aplicar medidas diferentes daqueles previstas no corpo do Código de Processo Penal ou de legislações extravagantes.

Assim, estaria o juiz/Estado legitimado a impor medidas cautelares diversas daqueles previstas legalmente como existe no âmbito cível? O magistrado deveria seguir estritamente o que o legislador positivou? A discussão é antiga e parte da doutrina sinaliza negativamente para tal questão, porém, com a promulgação da lei que introduziu novas medidas cautelares diversas da prisão tal debate foi reascendido entre doutrinadores e operadores do direito. Argumentos fortes estão dispostos entre os defensores das duas teses e diversas obras dedicam capítulos para a discussão da questão.

Desta maneira, Jorge Vicente Silva tece comentários:

O questionamento que se posta em discussão é se há espaço no Estado democrático de direito, notadamente no modelo estatal atual, para as cautelares atípicas ou inominadas, e se o juiz tem o Poder Geral de Cautela em sede de direito processual penal.

Na doutrina contemporânea colhem-se posturas refratárias, que tendem à negativa de reconhecimento deste Poder Geral de Cautela ao juiz, no processo penal, assim como se pode encontrar abalizadas autoridades que reconhecem dito poder ao magistrado como forma de realizar o direito material, já que em sede de direito processual civil a autorização é expressa, consoante inteligência dos artigos 798 e seguintes da lei adjetiva pátria.⁹⁰

Portanto, trata-se de um debate que é dotado de controvérsias e que não alcança unanimidade no ordenamento jurídico criminal. A introdução da lei objeto desta pesquisa foi um divisor de águas no âmbito da discussão do tema referendado. Assim, é possível identificar e estabelecer três principais correntes sobre o tema.

90 SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Lei 12.403/11- Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 214.

A primeira corrente defendida por doutrinadores como Aury Lopes Junior⁹¹ e Luiz Flavio Gomes⁹² destaca que nunca houve um poder geral de cautela conferido ao magistrado no âmbito penal e, como consequência, a Lei 12.403/2011 não mudou esse panorama.

Em um segundo momento, existe a corrente doutrinária que admitia um poder geral de cautela no ordenamento jurídico-penal anterior, porém, com o advento da lei que introduziu novas medidas cautelares, não mais subsistiu tal discricionariedade jurisdicional de recorrer-se à medidas inominadas. Marcos Paulo Dutra⁹³ encabeça tal corrente.

A terceira corrente prioriza o entendimento que a lei 12.403/2011 legitimou um poder geral de cautela que já era claramente visível no ordenamento jurídico pátrio. Assim, o magistrado possui a conveniência, assim como no âmbito cível, de impor medidas inominadas. O grande penalista José Nilton Costa de Souza⁹⁴ defende tal consideração.

Assim, faz-se necessário tecer considerações levantadas por estas correntes para compreender a existência ou inexistência do poder geral de cautela no processo penal brasileiro.

3.1 Poder geral de cautela no âmbito cível e no âmbito criminal

No âmbito cível é unânime o entendimento de que existe um poder geral de cautela justamente porque tal faculdade está disposta expressamente no texto legal do Código de Processo Civil em seu art. 798. O magistrado possui certa discricionariedade para impor medidas chamadas inominadas para proteger a eficácia e efetividade do processo principal sempre que julgar oportuno. Logo, mesmo dotado de medidas cautelares nominadas e específicas pode o juiz utilizar-se de medidas que possuem o condão eliminar o perigo ou dano que se apresenta, constituindo, assim, o chamado poder geral de cautela.

91 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 121-155.

92 GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2012, p. 51- 120.

93 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 210-215.

94 SOUZA, José Nilton Costa de. *Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz*. Disponível em www.paginasdeprocessopenal.com.br, acesso em 10.05.2012.

Nesse sentido dispõe Piero Calamandrei:

[...]

é reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*) confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizando a forma e o meio que considerem oportuno e apropriado ao caso. Significa dizer que o juiz cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar.⁹⁵

O poder geral de cautela na esfera civil também é reconhecido como de fundamental importância por outros autores. O magistrado atuante na área cível precisa observar atentamente a fundamentação da decisão observando não o *fumus comissi delict* ou o *periculum in libertatis* como se dá no processo penal, mas sim o *fumus bono iuris* e o *periculum in mora*. Logo, a tutela cautelar no âmbito civil tem a finalidade precípua de resguardar o processo e as partes afastando algum ato lesivo de difícil reparação. Assim demonstra a jurisprudência:

CAUTELAR - LIMINAR - AUSÊNCIA DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA - PODER GERAL DE CAUTELA - Constitui poder geral de cautela do magistrado, conceder a liminar quando era urgente a medida. Se o autor não conseguiu demonstrar a fumaça do bom direito, bem como o perigo da demora, requisitos essenciais para a concessão da medida que devem estar presentes cumulativamente no feito, impõe-se o indeferimento da liminar - Recurso não provido.⁹⁶

Ora, sendo admissível a aplicabilidade do poder geral de cautela no âmbito do processo cível porque não importar tal preceito ao âmbito das ciências criminais? Por que não admitir também a ocorrência deste instituto na esfera penal? A corrente doutrinária que propicia o entendimento de que tal instituto deve ser aplicado no âmbito penal discorre no sentido de ser possível uma analogia perfeita e adequada deste instrumento. Assim, o poder geral de cautela deveria ser aplicado também ao processo penal.

95 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Pádova-1936, p. 47.

96 **TJSP**, AP 0279931-88.2011.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Roberto Mac Cracken, j. 24.04.2012, DJ de 07.05.2012.

Tal adequabilidade estaria legitimada inclusive por um dispositivo positivado no Código de Processo Penal. Trata-se do art. 3º do CPP que dispõe que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica. Assim, o Código de Processo Penal não traria nenhuma proibição ao poder geral de cautela, na verdade, o próprio legislador teria ressaltado e legitimado o desejo de se ter uma analogia sistêmica em relação ao instituto ora debatido e contido na esfera cível.

Nesse sentido dispõe Jose Nilton Costa de Souza:

Em sede de direito positivo, o atual Código de Processo Penal não traz proibição ao Poder Geral de Cautela em sede criminal, ao contrário, permite a partir de interpretação analógica, previsão expressa no art. 3º: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito".⁹⁷

Em sentido contrário, porém, estaria posicionada grande parte da doutrina. O entendimento prioritário é que não se admite estrita analogia dos institutos da redoma cível para a penal. Cada área do direito é dotada de particularidades de inegáveis incompatibilidades. Não se pode simplesmente impor determinado instituto de maneira indiscriminada e impensada. Logicamente existem conceitos e institutos que podem ser aplicados e mesclados, porém, tal fenômeno não pode ser verificado em sua integralidade.

Assim dispõe Santoro Filho:

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais por meio de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais "poderes gerais de cautela".⁹⁸

Ao se ater ao argumento trazido por Santoro Filho⁹⁹ é também possível visualizar outro fundamento utilizado por este autor que rechaça a importação do poder de aplicação de medidas inominadas à esfera criminal. O que se tutela no

97 SOUZA, José Nilton Costa de. *Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. Disponível* em www.paginasdeprocessopenal.com.br, acesso em 10.05.2012.

98 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas- 2011, p. 98.

99 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas- 2011, p. 98.

direito penal de maneira ampla é a liberdade do acusado, o mesmo não ocorre no âmbito cível. Portanto, o objeto principal de trabalho na esfera penal é a tutela da liberdade do cidadão aplicando-lhe, eventualmente, restrições a esse direito fundamental. Admite-se tal instituto no âmbito cível pelo simples fato de já haver previsão legal de tal liberalidade por parte do magistrado e pelo fato de o direito civil não lidar com questões que influenciam diretamente na liberdade do agente.

Assim, não existe alternativa senão trabalhar o direito processual penal em estrita observância ao devido processo legal e o princípio da legalidade.

3.2 O princípio da legalidade e o devido processo legal

A discussão acerca da existência ou inexistência do poder geral de cautela se debruça, especialmente, no princípio da legalidade e na idéia do devido processo legal. Tais disposições constitucionais são acionadas pela doutrina que acena negativamente para a existência de medidas inominadas aplicadas pelo magistrado, mas, ao mesmo tempo, tais preceitos também são acionados para impor o argumento favorável ao poder geral de cautela penal.

Para a maioria dos doutrinadores não há que se falar em medidas inominadas uma vez que ninguém pode ser desprovido de sua liberdade sem que haja um devido processo legal, logo, é de extrema importância a prévia posituação de medidas cautelares para que seja possível a sua regular aplicabilidade. A admissão de um poder geral de cautela no âmbito penal ainda se esbarra na necessária observância ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição Federal de 1988. Assim, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei*.¹⁰⁰

Trata-se, portanto, de um dos principais argumentos utilizados por aqueles que não enxergam o mínimo de espaço para a instalação de um poder discricionário de cautela. Assim, disserta Marcos Paulo Dutra Santos quando debate sobre a possibilidade de se ter medidas inominadas criminais:

Parte da doutrina acena negativamente para tal possibilidade, haja vista a garantia constitucional do devido processo legal- art. 5º, LIV, da CRFB/88-, claríssimo ao preconizar que ninguém será despojado de

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

sua liberdade nem dos seus bens sem perpassar por um devido processo legal, logo, imprescindível à imposição de medidas constritivas de direitos é a existência de previsão legal. Ademais, dispõe ainda o art., 5, II da Carta de 1988 que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o que torna impensável a perspectiva de se ter medidas cautelares atípicas no processo penal.¹⁰¹

Ao analisar a incidência dos princípios do devido processo legal e legalidade como de fundamental importância no aprofundamento do tema Aury Lopes Jr. redige:

O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, neste contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a por meio da legalidade e emana daí seu poder.¹⁰²

Portanto, tais autores preconizam uma estrita observância aos princípios retro citados na medida em que o processo penal, tutelando a liberdade do indivíduo, deve seguir, primordialmente, as "regras do jogo". Afinal, o processo é construído para garantir os direitos do indivíduo. Assim, se o estado deseja exercer a sua punibilidade deve-se ater aos meios constituídos legalmente.

Porém, vale ressaltar que a doutrina que enxerga plena aplicabilidade do poder geral de cautela na esfera penal também visualiza a perfeita adequabilidade deste instituto àquilo que diz a constituição. Não haveria óbice para que o magistrado aplicasse medidas atípicas, uma vez que a própria Constituição, funcionando como estrutura basilar estatal, legitimaria o uso de medidas inominadas.

Isso porque a Constituição¹⁰³ não deve ser visualizada não apenas como um instrumento de garantia individual subjetiva do indivíduo, mas também deve ser interpretada como uma ferramenta de efetividade do direito material. Portanto, trata-se de pensar o devido processo legal e a legalidade não em um concepção simplista de garantia própria do indivíduo, mas sim em uma forma de o Estado conceber aquilo disposto no caput do art. 5º da Carta de 1988, vale dizer, a saúde, a liberdade,

101 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p.52.

102 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p 19.

103 BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

a segurança, a propriedade e, principalmente, a vida.

Assim, não se poderia ter a inadmissibilidade de um poder geral de cautela apenas sob o argumento de que a estrita observância da legalidade e do devido processo legal impossibilitaria a inserção de medidas atípicas penais. Para essa corrente doutrinária deve-se pensar tais princípios também como garantia de efetividade do direito material penal.

Discorre sobre o assunto José Nilton Costa de Souza:

Na expectativa de defesa dos direitos fundamentais, incumbe ao Estado a obrigação de adotar meios que permitam, com eficácia, proteção a tais direitos. E os direitos fundamentais tutelados pela Constituição são o direito à vida, à integridade física (saúde), à liberdade, à segurança, à propriedade, tal como averiguado no artigo 5º, *caput*.

De sorte que o processo penal, em geral, e o processo penal cautelar, para o estudo em especial, como instrumentos de efetividade do direito material, desafiam interpretação não só como direito subjetivo de defesa do indivíduo, mas igualmente como mecanismo necessário a alcançar a tutela efetiva do direito material, na defesa dos postulados constitucionais precitados, notadamente a vida, a saúde, a liberdade, a segurança, a propriedade.

A partir desse postulado de princípios e regras acolhidos pela Constituição brasileira, é possível compreender a extensão e adequação das medidas cautelares e, igualmente, do Poder Geral de Cautela concedido ao juiz para a efetivação de direitos fundamentais.¹⁰⁴

Portanto, trata-se de uma interpretação dada ao texto constitucional que visa assegurar também a proteção ao efetivo poder de punibilidade do estado em defesa do próprio Estado democrático de direito. Tem-se uma concepção sistêmica de todo o disposto na carta magna.

3.3 A (in) existência do poder geral de cautela no processo penal

Como já disposto nesta pesquisa monográfica, pode-se dizer que o processo penal cautelar experimentado antes do advento da Lei 12.403/2011 estava inserido em uma bipolaridade, ou seja, cabia ao magistrado apenas dois caminhos completamente distintos e extremos. Logo, ou o juiz segregava provisoriamente o

104 SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: *O Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz*. Disponível em www.paginasdeprocessopenal.com.br, acesso em 10.05.2012.

indivíduo, impondo-lhe a prisão preventiva, ou o magistrado decidia pela liberdade do agente que respondia a um processo criminal em liberdade. Diante de tal pobreza, decidiu o legislador por impor 09 (nove) novas medidas cautelares diversas da prisão que teriam o condão de dar uma resposta jurisdicional mais plausível e proporcional ao caso concreto. A introdução de tais medidas ainda buscou uma maior adequabilidade ao texto constitucional naquilo que tange ao Princípio da Presunção da Inocência.

Ainda em análise ao ordenamento processual penal cautelar anterior a vigência da Lei 12.403/2011, cumpre salientar que já se discutia de maneira primordial a incidência ou não do chamado poder geral de cautela no processo penal. Diante da dicotomia que imperava naquele ordenamento o próprio magistrado buscou criar medidas cautelares diversas daqueles tipificadas no Código de Processo Penal o que trouxe uma discussão calorosa acerca da legalidade de tais medidas e, conseqüentemente, da existência ou não de um poder conferido ao magistrado em impor medidas atípicas.

Nesta esteira explica Luiz Flavio Gomes e Ivan Luis Marques:

Até o advento da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, o sistema cautelar brasileiro era, morfológicamente, bastante pobre, resumindo-se à prisão cautelar ou liberdade provisória. Diante disso, começaram a surgir decisões que, por exemplo, revogando uma prisão preventiva, impunham condições ao imputado, tais como entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens e etc. No mais das vezes, tais medidas vinham decretadas a título de "poder geral de cautela", invocando o art. 798 do CPC.¹⁰⁵

Ainda no diapasão da referida citação, pode-se vislumbrar que medidas atípicas vinham sendo constantemente aplicadas na esfera penal ainda antes da chegada da Lei 12.403/2011. Assim, mesmo não havendo uma positivação legal, vários magistrados decidiam pela aplicação de medidas inominadas para o resguardo do processo e da sociedade como um todo. Assim, não é raro encontrar entendimentos como o do Tribunal Regional Federal da 4ª região ao julgar uma apelação criminal:

PROCESSO PENAL. PODER GERAL DE CAUTELA. RESTRIÇÃO DE ACESSO A REPARTIÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE NÃO

105 GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.124.

VERIFICADA. DENEGADO O RECURSO.

1. Cabível é o amplo poder geral de cautela do juiz que, mesmo ausente expressa previsão legal, poderá sempre agir dentro dos limites do razoável e necessário para garantir a utilidade do processo penal e assim prestar jurisdição.
2. É de se admitir, especialmente, a criação de formas de restrição alternativas à prisão, como mal menor àquele que riscos causa ao processo ou à sociedade.
3. Não se revela necessária, porém, a grave medida de restrição de acesso ao serviço médico-pericial, por segurada do INSS que em única ocasião teria ameaçado e injuriado ao médico que a atendeu.
4. Não demonstrada a reiteração e podendo os servidores da previdência adequarem-se em segurança para novas perícias a que seja convocada a ré, desnecessária se torna a cautelar pleiteada.
5. Denegado o recurso.¹⁰⁶

Porém, a doutrina que entendia pela inadmissibilidade do poder geral de cautela encontrava expoente ilegalidade em tais medidas. Dispõe Aury Lopes Jr.:

Sustávamos, antes da reforma, a ilegalidade de tais medidas, por completa ausência de previsão legal. Assim, não se pode conceber que o magistrado atue em descompasso com as regras do processo punitivo exercido pelo estado.¹⁰⁷

Tal tese que nega a legalidade de medidas cautelares atípicas no ordenamento penal encontra-se corroborada com o acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça quando inadmite a retenção cautelar do passaporte do paciente. Vale colacionar tal entendimento:

PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. CONDIÇÕES. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA VIAJAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Deferida liberdade provisória, porque o réu é primário, de bons antecedentes, com residência fixa e trabalho lícito, e também porque não ocorrentes quaisquer das hipóteses da prisão preventiva, é motivo de constrangimento ilegal o estabelecimento de condição no sentido de que obtenha, sempre que precisar viajar, prévia autorização judicial, imposição carente de previsão no art. 310 do Código de Processo Penal.
2. Ainda mais na espécie, tendo demonstrado o réu, ora paciente, que é empregado de empresa petrolífera, multinacional, com sede no estrangeiro e filiais no Brasil e no mundo, sendo que, por imposição

106 **TRF4**, ACR 2970/RS 2006.71.17.002970-6, 7ª turma, rel. Néfi Cordeiro, j. 14.02.2007, DJ de 14.03.2007.

107 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.19.

da suas atividades profissionais, precisa viajar ao exterior regularmente, o que fora, inclusive, firmado e reconhecido pelo juízo processante, embora tenha negado a autorização para o paciente viajar sem maiores digressões.

3. Ordem concedida para garantir ao paciente viajar, no território nacional e para o exterior, sem prévia autorização judicial, devendo, no entanto, comunicar ao juízo.¹⁰⁸

Portanto, não se trata de uma discussão nova, mas trata-se sim, com certeza de um debate que ganha outros contornos com a existência da Lei 12.403/11 alterando significativamente o entendimento acerca do processo penal cautelar pátrio.

3.4 O advento da lei 12.403/2011 e o poder geral de cautela

A discussão em torno do poder geral de cautela ganhou novos contornos com a promulgação da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. A doutrina se interessou de maneira bastante profunda em rediscutir o assunto, não em meio aquele ordenamento jurídico bipolar que vigia antes da existência da lei, mas sim perante um processo penal cautelar totalmente reformulado e dinâmico. Diversos autores estão dedicando capítulos de suas obras para o debate do tema.

O motivo do despertar desta discussão com certeza é a introdução de nove novas medidas cautelares diversas da prisão. Juntamente com a revitalização da fiança, a inserção de tais medidas é o aspecto que mais se destacou nesse processo de reforma pontual do Código de Processo Penal. Assim leciona Rodrigo Iennaco de Moraes:

O advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 teve o condão de reascender o debate quanto o poder geral de cautela. Com a introdução de medidas cautelares diversas da prisão a doutrina passou a debruçar-se sobre a possibilidade ou não de imposição de uma clausula geral cautelar.¹⁰⁹

Assim, a doutrina se debruça em três principais correntes que dão o tom do debate que se estabelece em relação ao poder geral de cautela no âmbito do

108 STJ, HC 103896/RJ, 6ª Turma, rel Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 1º.03.2011, v.u., DJ de 21.03.2011.

109 MORAES. Rodrigo Iennaco de. Reforma do CPP: *Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória*. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 20.08.2012.

processo penal cautelar. Em apertada síntese, a primeira corrente doutrinária defende a inexistência de um poder geral de cautela no processo penal e a Lei 12.403/2011 seria apenas uma afirmação de tal tese. A segunda tese doutrinária dispõe que existia a possibilidade de aplicação de medidas inominadas antes do advento da referida lei, porém, com a reforma processual cautelar tal possibilidade não mais subsiste. Finalmente, a terceiro levante doutrinário defende a tese da efetiva existência de medidas atípicas no âmbito penal assim como no cível, a Lei 12.403/2011 seria uma afirmação e legitimação de tal entendimento.

3.4.1 A inexistência do poder geral de cautela penal

Luíz Flavio Gomes e Ivan Luís Marques¹¹⁰ encabeçam o entendimento da primeira e mais forte corrente doutrinária que defende a inexistência do chamado poder geral de cautela no criminal. Já não havia espaço para este instituto antes da Lei 12.403/11 assim como não há espaço atualmente. Para o autor, o processo penal não poderia comportar tal instituto próprio do direito civil na medida em que o ordenamento jurídico processual penal pátrio exige estrita observância ao princípio da legalidade e devido processo legal.

O processo penal existe para que o Estado desempenhe de maneira correta o seu poder de punibilidade resguardando o indivíduo acusado de eventuais arbitrariedades. Assim, se o juiz/Estado deseja punir o indivíduo que o faça da maneira estritamente legal.

Nesse íterim discorrem Luiz Flavio Gomes e Ivan Luis Marques:

O juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não previstas em lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade. No processo penal, forma e garantia. O juiz só está autorizado a praticar os atos que contam com forma legal. Se o juiz se distancia da forma legal, resulta patente a violação à legalidade.¹¹¹

O que se tutela no direito penal é a liberdade do indivíduo, assim, é

110 GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais – 2012, p. 124- 157.

111 GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais – 2012, p. 150.

extremamente necessária a chamada tipicidade processual. Qualquer medida tomada por um magistrado que não guarde exata correspondência ao tipo processual deve ser tida como ilegal. No processo penal forma é garantia. Logo, a disposição de regras que tutelam o processo é, ao mesmo tempo, uma forma de limitar o poder estatal e garantia individual.

Aury Lopes Jr. discorre sobre o assunto:

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de *tipicidade processual* e de *tipo processual*, pois *forma é garantia*. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.¹¹²

Portanto, para tal cognição doutrinária é notória a inexistência de uma poder geral de cautela conferido ao magistrado. Tal idéia é sustentada, principalmente, na própria concepção do direito processual penal, que é tido como garantia ao indivíduo, e também na necessária observância estrita, sem extensão, aos princípios penais contidos na Constituição. Aury Lopes Jr. resume o conceito:

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal forma é garantia. Logo, não há espaço para "poderes gerais", pois todo poder é estritamente vinculado aos limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente poder ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo.¹¹³

É perfeitamente possível encontrar jurisprudência nesse sentido:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em órgão fracionário. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - COMPLETUDE - FUNDAMENTAÇÃO. A prestação jurisdicional há de ser formalizada da maneira mais completa possível, atentando o órgão julgador para a norma imperativa do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, no que direciona à necessidade de lançar-se

112 GARCIA, Débora Faria. **Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1 ed. São Paulo: Método- 2011, p.95.

113 LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 78.

os fundamentos da decisão. INSTÂNCIA - SUPRESSÃO. Implica supressão de instância adentrar-se campo estranho à decisão do Juízo. Isso ocorre quando este impõe a regressão do preso ao regime fechado sem ouvi-lo, como estabelecido no artigo 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, e, diante de recurso da defesa, admite-se o vício, mas, em passo seguinte, determina-se, no campo da cautelar, a sustação do regime semi-aberto e da remição. PROCESSO PENAL - PODER DE CAUTELA GERAL - MEDIDA PREVENTIVA - LIBERDADE - SILÊNCIO DA LEI. No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão judicante. As medidas preventivas hão de estar previstas de forma explícita em preceito legal.¹¹⁴

Ainda para essa corrente doutrinária, a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 não teve o condão de atribuir ao magistrado uma cláusula geral. Mesmo a lei tendo positivado algumas medidas inominadas que vinham sendo reiteradamente aplicadas, não há que se falar em legitimação de um poder geral de cautela. O legislador apenas buscou positivar e ampliar medidas diversas da prisão justamente para acabar com a ilegalidade que tais medidas adquiriam quando não tipificadas. Portanto, o próprio legislador reconheceu a necessidade de positivação em um sistema que deve guardar estrita observância ao texto legal.

Assim dispõe Luiz Flavio Gomes e Marques:

Nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziou com o advento da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, pois ela apenas ampliou o rol taxativo de medidas cautelares, sem jamais contemplar uma cláusula geral, deixando ao livre-arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei. A lei 12.403, de 04 de maio de 2011, instituiu um modelo polimorfo em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar.¹¹⁵

3.4.2 A existência relativa do poder geral cautela penal

Existe, porém, outro viés doutrinário que admitia a existência de um poder geral de cautela, mas que foi suprimido com o advento da lei que modificou o processo penal cautelar. Nesse sentido, a imputação de medidas cautelares que não estavam contidas positivamente no ordenamento jurídico penal seria admissível apenas em um momento anterior à Lei 12.403/11 e quando tal medida fosse menos gravosa àquela já positivada.

114 STF, HC 75662/DF, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 04.02.2001, DJ de 05.03.2001.

115 GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. *Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 154.

Em síntese, o que se pregava de maneira fundamental é que o magistrado estaria sim legitimado para aplicar medidas inominadas quando menos gravosas ao indiciado ou réu. Cumpre salientar, novamente, que tal entendimento se observava antes da existência da Lei 12.403/11.

Tal concepção, encabeçada por Marcos Paulo Dutra, não vislumbrava uma lesão ao devido processo legal. Assim como a primeira corrente, o autor mencionado também tem o princípio do devido processo legal como uma garantia individual limitador de um poder punitivo estatal, sendo assim, esse princípio não poderá ser invocado em desfavor do acusado, o que seria ilógico e irracional.

Assim, aplicar medida inominada menos gravosa não significa lesionar o devido processo legal, uma vez que essa cautelar seria mais benéfica ao indivíduo e, conseqüentemente, o devido processo legal seria invocado em claro benefício ao agente. A lesão se configuraria apenas ao se aplicar uma medida atípica mais gravosa do que aquelas já positivadas.

Explica Marcos Paulo Dutra:

O devido processo legal é uma garantia fundamental do cidadão contra o Estado, que somente poderá impor constrangimentos pessoas ou reais depois de observar o procedimento fixado em lei. Em sendo uma garantia do indicado/denunciado, obviamente não poderá ser invocado em seu desfavor, o que seria ilógico. Neste passo, a imposição de medidas cautelares atípicas apenas seria admissível quando a típica se mostrasse mais gravosa ao réu/investigado, embora fossem ambas igualmente eficientes, pois, do contrário, o devido processo legal, de garantia se converteria num fardo.¹¹⁶

Prossegue o autor Santoro Filho exemplificando a tese:

Exemplificando: sobrevivendo risco de fuga do acusado para o estrangeiro, a medida cautelar nominada adequada seria a prisão preventiva, o que importaria cerceamento integral da liberdade. Todavia, caso fosse determinada a proibição de o acusado sair do País, com conseqüente retenção cautelar do passaporte, a ser entrega à Polícia Federal, o aludido risco de evasão estaria igualmente neutralizado, privando a liberdade individual somente no plano internacional.¹¹⁷

116 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 81.

117 SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Medidas Cautelares no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas- 2011, p. 301.

Portanto, para essa segunda corrente, eram admitidas medidas cautelares inominadas no processo penal, desde que menos gravosas. Inconcebível era impor medidas cautelares atípicas ao acusado/indiciado sem a menor correspondência com as nominadas, hipótese em que haveria inegável ofensa ao devido processo legal.

Nesse sentido era a jurisprudência dos Tribunais Superiores ao admitir a imposição de medidas atípicas desde que mais benéficas ao agente submetido ao poder de punição estatal. Observa-se a ementa do acórdão do HC de relatoria do eminente Ministro Luiz Fux:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FACILITAÇÃO DE DESCAMINHO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. RESTITUIÇÃO DE PASSAPORTES: CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: CAUSA DE PEDIR REMOTA. APREENSÃO DE PASSAPORTES COMO MEDIDA ACAUTELATÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O habeas corpus não tutela “direitos que têm na liberdade física apenas a sua condição de exercício, objeto, não imediato, mas mediato, do pedido, não estando, assim, afetada imediatamente, mas apenas de modo oblíquo, a liberdade de locomoção” (HC n. 81.814-AgR/SP, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, Pleno, DJ de 08.05.2002). 2. Pedido é “o bem da vida pretendido pelo autor (...). Divide-se em pedido imediato (sentença) e pedido mediato (bem da vida). Pede-se a prolação de uma sentença (imediato) que garanta ao autor o bem da vida pretendido (mediato)” (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade – 10ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, págs. 550). 3. Na hipótese dos autos, o pedido mediato é a devolução definitiva dos passaportes; a liberdade de locomoção constitui apenas o pedido imediato. Pleiteia-se a restituição dos passaportes (pedido mediato) a fim de que possam realizar viagens ao exterior, exercendo seu direito de liberdade de locomoção (pedido imediato). 4. É cediço na Corte, consoante destaca o Membro do Parquet, a constitucionalidade da apreensão de passaportes como medida acautelatória no processo penal (Precedente: HC n. 94.147/RJ, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma DJ de 12.06.2008). 5. É o que registrou o parecer da Procuradoria Geral da República, verbis: “HABEAS CORPUS. APREENSÃO DE PASSAPORTE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PELO CONHECIMENTO E/OU DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC. 2. 'Se o direito brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o

acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras' (HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 13.06.2008) 3. Parecer pelo conhecimento e indeferimento da ordem." 7. Ordem indeferida. (HC 101830, LUIZ FUX, STF) ¹¹⁸

A possibilidade de aplicar medida menos gravosa inominada ao invés daquela nominada mais gravosa antes do advento da lei 12.403/11 encontrava resguardo na teoria do poder implícito. Trata-se da premissa severamente difundida no meio jurídico, vale dizer, "quem pode mais pode menos". Nesse sentido, o devido processo legal também não estava abalado. Ora, sendo o magistrado autorizado por lei a aplicar a prisão preventiva porque não admitir que se aplique outra medida inominada menos gravosa? Afinal, quem pode mais pode menos. Assim dispõe Marcos Paulo Dutra Santos:

Tal solução não importava negação do devido processo legal, pois repousava na teoria do poderes implícitos, em regra invocada no adágio quem pode mais pode menos. Com efeito, se o juiz estava por lei autorizado a privar integralmente a liberdade, quer no plano interno, que no plano externo, por que não poderia fazê-lo apenas internacionalmente? Tampouco sobreviria nulidade, porque a opção pela medida inominada seria mais benéfica ao acusado do que a nominada. E, como é cedido, inexistente nulidade sem prejuízo – art.563 do CPP. ¹¹⁹

Porém, o advento da lei 12.403 de 04 de maio de 2011 mudou completamente esse cenário. Os argumentos que antes concebiam o entendimento de que era cabível a imposição de medidas atípicas foram totalmente esvaziados. Assim, não mais seria admissível o poder geral de cautela que, de acordo com essa doutrina, imperava no ordenamento jurídico pátrio.

Acontece que foram introduzidas nove novas medidas cautelares diversas da prisão. O sistema que antes era tido como bifurcado passou a ter uma concepção mais polifórmica. Assim, não há mais aplicabilidade a teoria dos poderes implícitos que sustentava o entendimento de existência de um poder geral de cautela. Não mais impera o jargão de que "quem pode mais pode menos", uma vez que o legislador ao munir o magistrado de diversas opções cautelares passou a definir o

118 STF, HC 101830/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.04.11, DJ de 04.05.2011.

119 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. 1ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2011, p. 250.

"menos".

Não cabe, assim, admitir a manutenção de um poder geral de cautela em um processo penal cautelar que, claramente, preferiu por trazer a positivação acerca daquilo que o magistrado efetivamente pode ou não aplicar. Assim reconhece Jorge Vicente Silva:

O extenso rol evidencia, claramente, que a intenção do legislador foi abastecer o juiz de um arsenal variado de medidas cautelares igualmente pessoas, mas sem a necessidade de privar-lhe a liberdade inteiramente. Diante disso, não possui mais aplicabilidade a teoria dos poderes implícitos, pautado no surrado adágio *quem pode mais pode menos*, haja vista que o legislador especificou qual será esse "menos" nos artigos 319 e 320 do CPP. Contemplar outras medidas cautelares além das atuais não mais encerrara uma exegese ontológica daqueles já existentes, e sim inovadora, em afronta ao princípio da separação e independência dos Poderes da República, afastando-se dos limites fixados à atuação jurisdicional pelo devido processo legal.¹²⁰

Logo, esse levante doutrinário reconhecia um sistema capaz de admitir um poder de cautela conferido ao magistrado, tal entendimento repousava conclusivamente na teoria dos poderes implícitos ("*quem pode mais pode menos*") em consonância estrita com a não lesão ao devido processo legal. Porém, o legislador ao criar a Lei 12.403/11 extinguiu o "menos" que era conferido ao juiz na medida em que trouxe a positivação de diversas medidas menos gravosas do que a prisão.

3.4.3 A existência plena do poder geral de cautela penal

A terceira corrente que trata do tema sempre defendeu a tese da existência de medidas inominadas no âmbito penal. A Lei 12.403/11 serviu para legitimar tal entendimento. Assim, a referida lei não teria apenas introduzido novas medidas cautelares, mas também teria legitimado a possibilidade de aplicação de medidas diversas. Tudo isso em inteira observância ao texto constitucional e a legislação vigente.

Para essa tese, a possibilidade de o magistrado aplicar medidas não

120 SILVA, Jorge Vicente. *Comentários à Lei 12.403/11- Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

tipificadas no processo encontra adequabilidade na própria concepção constitucional, uma vez que a Constituição não deveria ser interpretada apenas como um instrumento garantista individual, mas também como uma forma de garantir a estrita aplicabilidade da lei penal. Assim, aplicar medidas inominadas de nada interferiria na idéia de devido processo legal e legalidade. Neste conseqüente, o constituinte criou os princípios mencionados também com o desiderato de garantir o efetivo funcionamento do sistema jurisdicional pátrio, o que justificaria a cláusula implícita do poder de cautela criminal.

Portanto, vale colacionar o entendimento do assunto nas palavras de José Nilton Sousa:

Na expectativa de defesa dos direitos fundamentais, incumbe ao Estado a obrigação de adotar meios que permitam, com eficácia, proteção a tais direitos. E os direitos fundamentais tutelados pela Constituição são o direito à vida, à integridade física (saúde), à liberdade, à segurança, à propriedade, tal como averiguado no artigo 5º, caput.

De sorte que o processo penal, em geral, e o processo penal cautelar, para o estudo em especial, como instrumentos de efetividade do direito material, desafiam interpretação não só como direito subjetivo de defesa do indivíduo, mas igualmente como mecanismo necessário a alcançar a tutela efetiva do direito material, na defesa dos postulados constitucionais precitados, notadamente a vida, a saúde, a liberdade, a segurança, a propriedade.

A partir desse postulado de princípios e regras acolhidos pela Constituição brasileira, é possível compreender a extensão e adequação das medidas cautelares e, igualmente, do Poder Geral de Cautela concedido ao juiz para a efetivação de direitos fundamentais.¹²¹

No mesmo sentido é possível colacionar a jurisprudência produzida pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de Habeas Corpus de relatoria da ministra Ellen Gracie:

PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a

121 SOUZA, José Nilton Costa de. *Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz*. Disponível em www.paginasdeprocessopenal.com.br, acesso em 10.05.2012.

revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco ferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). 7. Ordem denegada.¹²²

A possibilidade de aplicação de medidas não tipificadas processualmente também encontraria legitimação no próprio diploma processual penal. O art. 3º do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de importação de institutos de outras áreas do direito para o âmbito penal. Assim, uma vez que o retro citado diploma não vedaria um poder geral de cautela na concepção penal não haveria óbice para importar este instituto próprio de direito civil.

Combinar-se-ia o art. 3º do CPP com o art. 798 do Código de Processo Civil. Neste sentido explica Rodrigo Iennaco de Moraes:

Em sede de direito positivo, o atual Código de Processo Penal não traz proibição ao Poder Geral de Cautela em sede criminal, ao contrário, permite a partir de interpretação analógica, previsão expressa no art. 3º em que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.¹²³

O legislador por mais perspicaz e atual que seja jamais conseguiria de maneira plena munir o magistrado com medidas cautelares que contemplassem todos os casos concretos submetidos à apreciação do poder judiciário. Daí o entendimento da real necessidade de se atribuir ao juiz a possibilidade de aplicar medidas inominadas dando a exata resposta jurisdicional que se pleiteia. Assim entende José Nilton:

Outro equívoco é o (pré) conceito de que o uso do Poder Geral de Cautela serviria tão-só para prejudicar o réu, olvidando que o fato

122 STF, HC 94147/RJ, 2ª Turma, rel. Min Ellen Gracie, j.27.05.2008, DJ de 03.08.2008.

123 MORAES, Rodrigo Iennaco de. Reforma do CPP: *Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória*. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 20.08.2012.

social precede à norma, exatamente pela dificuldade de o legislador abarcar todas hipóteses, e por vezes haverá necessidade de tal instituto para tutelar também direito individual do próprio réu, seja liberdade, vida, saúde, propriedade ou até mesmo o exercício pleno de sua defesa. Em que pese a previsão de medidas cautelares nominadas, variadas a partir do rol trazido pelo Projeto 156 do Congresso brasileiro e pela Lei 12.403/2011, elas não contemplam todas as hipóteses oriundas da variedade infinita de situações que a vida social apresenta. Vale dizer, por mais pródigo que seja o legislador na tipificação de situações em que seja autorizado ao juiz acautelar direitos ameaçados, sempre haverá insuficiência da medida ante as situações singulares que o cotidiano reserva.¹²⁴

É possível, inclusive, citar jurisprudência que reconhece a impotência do legislador:

HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO POR FURTO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA OBSTADO PELA EXISTÊNCIA DE CARTAS DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM ABERTO. SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA MELHOR ANÁLISE ACERCA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA, COM RECOMENDAÇÃO DE AGILIDADE NO TRÂMITE DO PEDIDO DA DEFESA. 1. Não há constrangimento ilegal na decisão do Juiz das Execuções Criminais que, analisando a possibilidade de concessão da liberdade provisória, requer, dentre outras providências, o encaminhamento da Folha de Antecedentes Criminais atualizada e devidamente esclarecida, bem como da ficha de término de pena do paciente, haja vista a existência de três Cartas de Execução de Sentença em aberto, postura que exemplifica o poder geral de cautela ínsito à atividade judicante. 2. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 3. Ordem denegada, com recomendação de agilidade no trâmite do pedido formulado pela defesa. (HC 200800567813, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - QUINTA TURMA, DJE DATA:15/03/2010.)¹²⁵

A Lei 12.403/11 positivou medidas atípicas que vinham sendo diversas vezes aplicadas. Portanto, a isenção de tais medidas no ordenamento jurídico teria também o condão de legitimar a possibilidade de aplicação de medidas atípicas. O legislador teria reconhecido a importância de medidas inominadas que garantiam a eficácia e eficiência do processo penal em prol de uma rigidez da estrutura do estado democrático de direito.

124 SOUZA, José Nilton Costa de. *Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz*. Disponível em www.paginasdeprocessopenal.com.br, acesso em 10.05.2012.

125 STJ, HC 200800567813/SP, 5ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.10.03.2010, DJ de 15.03.2010

Para essa doutrina, seria ilógico não perceber a vontade do legislador em atribuir validação e legalidade ao poder geral de cautelamento com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. A vedação do poder geral de cautela como quer outros levantes doutrinários não encontraria base nos próprios direcionamentos jurisprudenciais.

Assim se destaca aquilo disposto por Rodrigo Iennaco de Moraes:

Não é demais reafirmar que a Lei 12.403/2011 tipificou medidas cautelares que vêm sendo adotadas pelos juízes, à título de Poder Geral de Cautela, caso da nova redação dada ao artigo 320 do Código de Processo Penal, determinando a entrega do passaporte em casos específicos para preservar a aplicação da lei penal. É o reconhecimento pelo legislador da correção da postura jurisprudencial. Por tais motivos é que não se compreende como possa o legislador pretender, no Projeto 156, a taxatividade do rol de medidas cautelares, ferindo de morte princípios constitucionais, mormente o princípio da proporcionalidade e o dever de proteção integral, enquanto vedação de proteção insuficiente.¹²⁶

Nesse sentido, seria perfeitamente concebível e aplicável o chamado poder geral de cautela ao processo penal cautelar. Não haveria óbice constitucional. Ademais, o próprio CPP autorizaria a importação desse instituto próprio do direito civil ante a impossibilidade humana de exaurir todos os casos concretos que são apreciados pelo Judiciário.

Como se não bastasse, a imposição da Lei 12.403/11 teria garantido definitivamente o poder de se impor medidas atípicas haja vista a previsão legal do princípio da proporcionalidade e razoabilidade na imposição de medidas cautelares. O próprio legislador prevendo a necessidade de observâncias aos princípios retro citados muniria o magistrado de medidas uninominadas. A proporcionalidade e razoabilidade representaria, de maneira ampla, uma adequação ao caso concreto. Logo, tratar-se-ia de afirmar a existência do poder de cautela.

Assim dispõe Rodrigo Iennaco de Moraes:

E agora, com a Lei 12.403, de 05 de maio de 2011, o legislador veio reafirmar a viabilidade do uso do Poder Geral de Cautela, quando expressamente acolhe no nosso ordenamento positivo o princípio da proporcionalidade, seja vedando o excesso, seja proibindo a tutela deficiente. Veja-se que falando de juízo de suficiência e necessidade, a nova regra exige valoração para a imposição das restrições

126 MORAES, Rodrigo Iennaco de. Reforma do CPP: *Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória*. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 20.08.2012

contidas nas cautelares, exigindo adequação ao caso concreto. Assim, acolhe expressamente a novel legislação o princípio da proporcionalidade, proibindo o excesso e a proteção ineficiente da tutela.¹²⁷

Ante todo o exposto citado, vislumbram-se três principais teses que acabam por delinear o entendimento atual acerca do chamado poder geral acautelatório no âmbito penal.

127 MORAES, Rodrigo Iennaco de. Reforma do CPP: *Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória*. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 20.08.2012.

CONCLUSÃO

A Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 estabeleceu um novo panorama para o estudo do processo penal nos aspectos que circundam as medidas acautelatórias. Não há dúvidas que hoje não mais subsiste o cenário bifurcado que se verificava antes do advento da referida lei. O fim dessa bipolaridade se deu, primordialmente, pela introdução de medidas cautelares diversas da prisão o que ocasionou maior adequabilidade da legislação processual penal para com o texto constitucional, principalmente naquilo que diz respeito ao princípio da não culpabilidade. Por conseguinte, positivamente foram efetivadas e interpretações diversas foram afloradas.

Assim, como amplamente relatado nesta pesquisa, a análise dos principais pontos da Lei 12.403/11 e o novo panorama positivado fez com que a doutrina debatesse sobre divergências. É nesse ponto que reascende a discussão acerca da existência ou não das medidas cautelares inominadas no âmbito do processo penal.

A grande maioria da doutrina brasileira acena negativamente para a admissibilidade de um poder geral de cautela penal. É nesta verdade que me posiciono por entender que os argumentos trazidos pela doutrina são robustos e condizentes com o próprio sentido processual penal pleiteado pela carta magna de 1988.

Não há e nem deve haver espaço para medidas inominadas no âmbito do processo penal. O Estado ao exercer o seu direito de punibilidade que emana em decorrência de uma violação legal deve seguir os exatos termos daquilo que está positivado. Trata-se do princípio constitucional da legalidade e do devido processo legal que deve ser observado estritamente na esfera penal acautelatória e sentencial.

Diferentemente do que ocorre no direito civil, onde é perfeitamente admissível o poder geral de cautela, no direito penal o que se tutela de maneira primordial é a liberdade do cidadão. Trata-se de um direito fundamental que se sobrepõe de certa maneira aos outros. A restrição da liberdade possui o condão de retirar do cidadão aquilo que lhe é mais primordial. Assim, para que isso seja feito cautelarmente é preciso seguir as exatas regras do jogo, ou seja, o devido processo legal, bem como é necessário seguir estritamente o princípio da legalidade.

No processo penal a forma é garantia. A inovação discricionária não é

admitida sob pena de prejudicar a ampla defesa e o contraditório imposto pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LV. Logo, se o Estado deseja punir um indivíduo é preciso seguir os termos de um processo totalmente disposto legalmente.

Como se não bastasse, o processo penal é um instrumento garantia do cidadão. Trata-se de uma positivação feita com o desiderato de proteger o indivíduo contra a discricionariedade do Estado, e não o contrário. Não vale o argumento de que a Constituição e, conseqüentemente, o processo penal deve ser um instrumento de garantia da aplicação material da função punitiva do Estado. Tal argumento só vale se conjugado subsidiariamente à concepção garantista da Constituição.

A Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 não trás qualquer cláusula ou permissão que possibilite a aplicação de medidas inominadas. A referida lei, na verdade, exterminou qualquer admissibilidade de um poder geral de cautela penal. Isso porque foram positivadas medidas inominadas que vinham sendo constantemente aplicadas. Esse ato demonstra a vontade legislativa de não subsistir qualquer aplicação de medidas que não sejam aquelas presentes no corpo do texto legal, se assim não fosse não haveria qualquer sentido em se promulgar a Lei 12.403/11.

Ademais, não há como simplesmente importar o poder geral de cautela próprio do direito civil ao âmbito penal. O art. 3º do Código de Processo Penal dispõe ser possível a analogia e importação de institutos de outros ramos do direito, porém, logicamente, deve haver uma compatibilidade e um respeito às peculiaridades de cada esfera. Como dito anteriormente, o que se tutela no âmbito cível é diferente daquilo tutelado penalmente. Assim, não vale também o argumento de que o próprio CPP permite o poder geral de cautela.

Portanto, entendo não ser cabível qualquer processo acautelatório inominado na esfera penal. O próprio contexto no qual foi criada a Constituição permite esse entendimento, uma vez que a vontade do constituinte foi afastar as mazelas do regime ditatorial que se baseava, primordialmente, na discricionariedade e na impulsividade. Abrir qualquer brecha no texto processual penal ou até mesmo na sua interpretação em favor de um poder geral de cautela é também abrir margem aos absurdos trazidos pelo liberalismo discricionário em desfavor de um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. Processo penal. Disponível em www.pt.scribd.com, acesso em 12/04/2012

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. *Vade mecum: Acadêmico de Direito*. 12. ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap 0279931-88.2011.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Roberto Mac Cracken, j. 24.04.2012 , DJ de 07.05.2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região, ACR 2970/RS 2006.71.17.002970-6, 7ª turma, rel. Néfi Cordeiro. j. 14.02.2007, DJ de 14.03.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 103896/RJ, 6ª Turma, rel Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 1º.03.2011, v.u., DJ de 21.03.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 75662/DF, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 04.02.2001, DJ de 05.03.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 101830/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.04.11, DJ de 04.05.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 94147/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j.27.05.2008, DJ de 03.08.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 200800567813/SP, 5ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.10.03.2010, DJ de 15.03.2010

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Resolução nº 66 de 27 de janeiro de 2009. Disponível em www.cnj.jus.br, acesso em 25/01/2012.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione al lo Studio Sistematico dei Provedimenti Cautelari*. Pádova, 1936.

GARCIA, Débora Faria. Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1 ed. São Paulo: Método- 2011.

GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luis. Prisão E Medidas Cautelares - Comentários À Lei 12.403, De 4 De Maio De 2011. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar. 1 ed. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual e medidas cautelares diversas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MORAES, Rodrigo Iennco de. Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 20.08.2012

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. Medidas Cautelares no Processo Penal. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas- 2011

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. O novo processo penal cautelar. 1ed. Rio de Janeiro: Jus Podivim, 2011.

SILVA, Jorge Vicente. Comentários á Lei 12.403/11- Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória. 1 ed. Curitiba: Juruá- 2011.

SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. Disponível em www.paginasdeprocessopenal.com.br, acesso em 10.05.2012.